Der Grundsatz der Spezialdelegation im bayerischen Polizeirecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Referendar Christoph Masson

in München

München

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier)

1931

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Nawiasky.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Rotenbücher.
Tag der Genehmigung: 5. März 1931.

Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie., Freising-München.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Die Polizei als Hüterin von Gesetz und Ordnung hat in der Gegenwart eine Aufgabe zu erfüllen, die ungleich schwieriger ist, als in der Vorkriegszeit.

Politisches Mißgeschick und wirtschaftliche Not haben im Innern des Staates neue Spannungen und Gegensätze entstehen lassen und die schon vorhandenen in ungeahntem Maße verschärft. Heftiger und erbitterter denn je tobt der Kampf, in dem die verschiedenen Gruppen der Bevölkerung ihre widerstreitenden politischen Anschauungen und Ziele zur Geltung zu bringen suchen.

Unter diesen Umständen kann es nicht Wunder nehmen, wenn die Polizei jene Machtmittel, durch die sie in dem befriedeten und innerlich gefestigten Staate

der Vorkriegszeit ein geordnetes Zusammenleben der Untertanen leicht zu erhalten vermochte, in der Gegenwart gelegentlich als unzureichend empfindet und darüber hinausstrebt.

Auf dem Gebiete des bayerischen Polizeirechts hat sich diese Erscheinung in den letzten Jahren deutlich gezeigt:

Während früher die Behörden ihrer Aufgabe in durchaus befriedigender Weise gerecht werden konnten, ohne dabei anderer als der ihnen durch konstitutionelle Gesetze (insbes. AGStPO. Art. 102 und das PStGB.) verliehenen Befugnisse zu bedürfen — vgl. unten § 3, III, 1 —, nimmt heute das Staatsministerium des Innern für die Polizei eine **generelle Ermächtigung** in Anspruch, kraft deren sie berechtigt sei, alle „unbewehrten", d. h. nicht unter Strafsanktion stehenden Verfügungen und sonstigen Maßnahmen zu treffen, welche zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung notwendig sind. (Vgl. die Erklärungen des Herrn Staatsministers des Innern in den Landtagsverhandl. v. 20./21. Januar 1927, mitgeteilt in den bayer. VBl. 1927, S. 81ff.)

Polizeidirektor Dr. Ernst Eichner hat diesen Standpunkt in seiner Schrift: „Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbes. der Präventivpolizeihaft nach der bayer. Rechtsentwicklung", München 1927, ausführlich dargelegt und begründet.

Im Gegensatz hiezu stellt die Theorie das Bestehen einer derartigen, dem § 10 II 17 preuß. ALR. ganz analogen Generalklausel nach wie vor für Bayern überwiegend in Abrede (unten § 3, III, 3).

Angesichts dieser grundlegenden Meinungsverschiedenheit und der großen praktischen Bedeutung des Problems erscheint eine erneute Nachprüfung desselben lohnend und soll im Folgenden unternommen werden.

Da nach der Ansicht Eichners, der sich ausschließlich auf geschriebenes Recht stützt (vgl. S. 15 a. a. O. u. bayer. Polizei 1931, S. 58ff.), als Grundlage für die von ihm behauptete allgemeine Ermächtigung der Polizei Normen in Betracht kommen, die zum Teil zeitlich weit zurückliegen, ist eine eingehende geschichtliche Untersuchung geboten. Dabei sollen die großen Abschnitte in der Entwicklung des bayer. Verfassungs- bzw. Polizeirechts zugrunde gelegt werden.

§ 1. Die Zeit vor 1818.

Eichner hat zur Begründung seiner Auffassung zunächst Vorschriften herangezogen, die vor Inkrafttreten der Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 ergangen sind, jedoch angeblich noch in der Gegenwart mit Gesetzeskraft weitergelten und den Charakter ermächtigender Rechtssätze tragen.

I. Um die Richtigkeit dieser Meinung prüfen zu können, ist eine allgemeine Betrachtung der **staatsrechtlichen Verhältnisse,** welche vor 1818 in Bayern bestanden, unerläßlich.

Es herrschte damals, wie in fast allen deutschen Ländern die absolute Staatsform. Der Landesherr vereinigte die Fülle der Staatsgewalt in seiner Hand und schaltete damit nach freier Willkür, ohne durch eine Rechtsschranke gebunden zu sein. „Über die Notwendigkeit einer Anordnung und die hiebei zur Anwendung zu bringenden Mittel entschied seine freie Konvenienz" (Fleiner, S. 30/31).

Nicht alle aus der Staatsgewalt fließenden Rechte übte der Monarch begreiflicherweise selbst aus. Er tat dies im wesentlichen nur bei der Gesetzgebung.

Justiz und Verwaltung hatte er unter Vorbehalt gewisser oberster Mitwirkungsrechte (Ernennung von Beamten, Erlassung von Dienstanweisungen) und der Möglichkeit jederzeitigen Eingriffs („Kabinettsjustiz") an staatliche Behörden übertragen. Dabei machte sich zwischen den beiden eben genannten Zweigen

staatlicher Tätigkeit — mochte auch die organisatorische Scheidung noch nicht vollständig bis in die untersten Instanzen durchgeführt sein — ein Gegensatz geltend, der unter der Herrschaft des absolutistischen Verfassungsprinzips weit schärfer war, als im Rechtsstaat (vgl. zum Folgenden insbes. O. Mayer, deutsches Verwaltungsrecht, § 4):

Die Justiz hatte bereits lange vor dem Inkrafttreten der Verfassungsurkunde eine Stellung inne, die ihrer heutigen im wesentlichen entsprach: Sie war eine gesetzmäßige (Fleiner, S. 31; Thoma, S. 112; Nawiasky, bayr. VerfRecht, S. 328), d. h. sie urteilte nach Rechtssätzen, welche für ihre Tätigkeit dem Untertan gegenüber Grundlage und Schranke bildeten; die Gerichte waren an das in den Zivil- und Strafgesetzbüchern jener Zeit festgelegte Recht gebunden und konnten keine Entscheidung treffen, welche darin nicht ihre Stütze fand. Der Bürger hatte Anspruch auf eine Entscheidung nach Recht und konnte gegen eine Verletzung der Gesetze im Rechtswege vorgehen.

Ganz anders lagen die Dinge auf jenem Gebiet, welches wir heute als dasjenige der Verwaltung zu bezeichnen gewohnt sind: Hier herrschte im Verhältnis zwischen Einzelnem und Staat die **„Omnipotenz der Behörde"**. Die Organe der öffentlichen Gewalt waren im Verkehr mit dem Untertan an keine feste Rechtsordnung gebunden (Piloty-Schneider, S. 2) und schalteten mit Befehl und Zwang nach freiem Belieben. Dem einzelnen oblag eine ganz allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber den Anordnungen der Behörde (Wolzendorff, S. 26). Letztere konnte unter dem Motto: „Alles für die irdische Glückseligkeit des Untertans" jederzeit in die Rechtssphäre desselben eingreifen, ohne dazu einer gesetzlichen Grundlage zu bedürfen.

Wohl bestanden auch auf dem Gebiete der Verwaltung Normen, nach denen die Beamten vorzugehen hatten, allein diese waren „Dienstanweisungen, keine Rechtsvorschriften" (Fleiner, S. 31; vgl. auch Otto Mayer, I (1. Aufl.), S. 45, ferner Gebhard, bay. VBl. 1927, S. 144). Sie richteten sich nicht an die Untertanen, sondern an die staatlichen Organe; der Landesherr, der sie erließ, handelte dabei nicht in der Eigenschaft des Gesetzgebers, der die Rechtssphäre des Individuums gegenüber dem Staate abgrenzt, sondern in derjenigen des obersten Dienstherrn der Verwaltung, welcher den ihm untergebenen Beamten im Wege internen Auftrags gewisse Richtlinien ihrer Amtsführung vorschreibt. Ein Rechtsverhältnis zwischen der Staatsgewalt und dem einzelnen, der ihr als Objekt ihrer Tätigkeit, nicht aber als Rechtssubjekt gegenüberstand, wurde durch jene Normen nicht begründet:

Diese bildeten einerseits für die Behörde im Verkehr mit dem Untertan keine rechtliche Schranke: die Verwaltungsorgane waren zu ihrer Einhaltung nur der vorgesetzten Stelle, nicht auch dem Privatmann gegenüber verpflichtet; es fehlte jenen Vorschriften die „zweiseitig verbindende Kraft der Rechtsnorm" (Jhering, Der Zweck im Recht, I, S. 344).

Wich die Behörde ab, so konnte der Untertan sich eventuell beschwerdeführend an die übergeordnete Instanz wenden; ein Rechtsmittel stand ihm nicht zu Gebote, so sehr auch die Beobachtung der Vorschrift in seinem Interesse liegen mochte. („In Polizeisachen gibt es keine Appellation", Fleiner, S. 31.)

Andererseits fanden die staatlichen Organe, auch wenn sie sich an jene Normen hielten, **nicht** etwa in ihnen die rechtliche Grundlage für ihr Vorgehen gegenüber dem Untertan; dem Landesherrn, der durch allgemeine Verwaltungsanordnungen seinen Beamten gewisse Aufgaben zuwies, lag es ferne, dadurch zugleich eine „Ermächtigung" zu denjenigen Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers erteilen zu wollen, welche die Erfüllung jener Aufgaben

notwendig machte.[1]) Dies wäre im Zeitalter behördlicher Omnipotenz vollkommen überflüssig und deshalb sinnlos gewesen; denn die Befugnis zu solchen Eingriffen kam ja in der Zeit des absoluten Staates der Obrigkeit schon ohnehin kraft ihrer allgemeinen Rechtsstellung zu, auf Grund deren sie volle Freiheit hatte, dem Untertan im Interesse der gemeinen Wohlfahrt jederzeit beliebige Beschränkungen aufzuerlegen.

II. Die so durch allgemeine Betrachtung gewonnenen Ergebnisse finden wir vollauf bestätigt bei einer näheren Prüfung derjenigen **bayerischen Normen** aus der Zeit vor 1818, welche Eichner als heute noch geltende Grundlage für die Befugnisse der Polizei in Anspruch nimmt (vgl. besonders S. 27ff. a.a.O.).

In erster Linie kommt hier in Betracht die **„Instruktion für die Polizeidirektionen“** vom 24. September 1808 (RegBl. S. 2509), welche in ihren §§ 37ff. als Aufgabe der Polizeiverwaltung in den Städten die „Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit“ bezeichnet.

Die Frage, ob diese Vorschrift heute überhaupt noch gilt, mag einstweilen unentschieden bleiben (unten § 4 I wird darauf näher eingegangen werden).

Hier kommt es lediglich auf die rechtliche Natur der Instruktion an:

In dieser Hinsicht nun kann es m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß es sich nicht um ein ermächtigendes Gesetz, sondern um eine interne Dienstanweisung handelt.

Darauf deutet — mag man auch den Sprachgebrauch jener Zeit im allgemeinen als unbestimmt und wahllos bezeichnen[2]) — schon der Name „Instruktion“ klar genug hin, ebenso die Überschrift zum 2. Abschnitt, der die fraglichen §§ 37 ff. enthält: „Von den Dienstesverrichtungen der Polizeidirektion“.

Die Fassung all der einzelnen Vorschriften, die den Polizeidirektionen ihre Aufgaben zuweisen, ist die des rein innerdienstlichen Befehls. („Die Polizeidirektionen haben . . .“) Nirgends ist von „Ermächtigungen“ oder „Befugnissen“ die Rede, welche den Polizeidirektionen im Verkehr mit den Untertanen zu Gebote standen.[3]) Bestimmungen hierüber hielt man offensichtlich im Hinblick auf die allgemeine staatsrechtliche Stellung der Behörden für entbehrlich. Dies hat denn auch Brater in einem von Eichner zitierten Aufsatz (Bl. f. admin. Pr. 20, 357) deutlich ausgesprochen, wenn er sagt: „Alle unsere älteren Polizeiverordnungen gehen von der Voraussetzung der polizeilichen Omnipotenz aus und darum enthalten sie regelmäßig bloß Vorschriften über die polizeilichen Zwecke und Aufgaben, aber nicht über die zulässigen polizeilichen Mittel“.

---

[1]) Nach O. Mayer, 3. Aufl., Bd. I, S. 82 handelt es sich um Vorschriften, „bei welchen nie beabsichtigt gewesen war, den Fürsten selbst und die ganze vollziehende Gewalt zu binden oder eine Grundlage für polizeiliche Eingriffe zu gewähren, die ja keiner bedurft hatten“. — Kitzinger, S. 40 führt mit Bezug auf § 10 II 17 pr. ALR. aus, man habe bei Schaffung dieser Bestimmung der Polizei „mehr allgemeine Richtlinien geben als ihr Befugnisse über einzelne verleihen und diese Befugnisse scharf umgrenzen“ wollen. — Thoma, S. 104, bezeichnet die polizeirechtliche Ermächtigung als „Folgeerscheinung der Verfassungsemanation“.

[2]) Vgl. Seydel-Graßmann, S. 321; Thoma, S. 59 und Eichner, S. 17; dieser Sprachgebrauch scheint mir wenigstens insofern nicht durchaus wahllos gewesen zu sein, als er den Justiznormen, die wirkliche Rechtssätze waren, die Bezeichnungen: „Gesetz“ und „Gesetzbuch“ vorbehielt, während er die Vorschriften für die Verwaltung mit anderen Namen belegte, die — auch abgesehen von dem Ausdruck „Instruktion“ — den internen Charakter zum Teil deutlich hervortreten lassen; vgl. etwa „Mandat“ und „Kabinettsbefehl“.

[3]) Wenn in anderen vorkonstitutionellen Bestimmungen, wie z. B. der „Instruktion für die Generalkommissäre v. 17. Juli 1808“ (RGBl. S. 1649), § 21, vereinzelt der Ausdruck „Ermächtigung“ vorkommt, so hat dies m. E. einen ganz anderen Sinn, als wir ihn heute mit dem Worte verbinden: Es sollte dadurch lediglich die Kompetenz des betreffenden Organs gegenüber der vorgesetzten Behörde außer Zweifel gestellt, nicht aber eine Befugnis gegenüber dem Untertan begründet werden.

Auch den beiden **Formationsverordnungen**[4]) für die Ministerien und Kreisregierungen von 1817 (RBl. S. 330 bzw. 233), die gleichfalls die Formel „Erhaltung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit“ enthalten (§§ 52 bzw. 27), muß der Charakter ermächtigender Rechtssätze mit Entschiedenheit abgesprochen werden; es kommt ihnen lediglich die Bedeutung von **Zuständigkeitsabgrenzungen**[5]) zu:

Dies ergibt sich schon aus der sprachlichen Fassung, insbesondere dem wiederholten Gebrauch zusammenfassender Ausdrücke wie „Wirkungskreis“, „Geschäftssphäre“, „Geschäftszweige“, „Gegenstände“, die alle gleichbedeutend mit „Zuständigkeit“ verwendet wurden und werden.[6]) (Vgl. FormV. für d. Staatsmin. v. 1817 vor § 48: „Zu dem Wirkungskreise dieses Ministeriums — d. h. des Min. des Innern, d. V. — gehören folgende Geschäftszweige und Gegenstände ...“ ..... Ganz entsprechend die FormV. für die Kreisreg. § 3: „In die Geschäftssphäre der Kammern des Innern insbesondere fallen ....“ und im Abs. III: „Die einzelnen Gegenstände des hier bezeichneten Wirkungskreises sind durch die nachstehenden Titel I—IX bestimmt .....“)

Im übrigen lassen die knappe, schlagwortartige Aufzählung der einzelnen Angelegenheiten und das Vorkommen von Formulierungen wie: „die gesamte Staats- und Landespolizei ..., dann alle **dahingehörigen** Anstalten, welche die Erhaltung der öffentlichen Ruhe und guten Ordnung im Innern zum Zwecke haben .....“, gar keinen Zweifel darüber, daß hier Befugnisse der Behörden nicht erst begründet, sondern nur bereits vorhandene verteilt werden sollten.

Die eben vorgetragene Auffassung über die rechtliche Natur der Instr. f. d. PolDir. und der FormV.en deckt sich vollkommen mit der in der älteren und neueren **Literatur** vertretenen. Nirgends sind diese Vorschriften als ermächtigende Rechtssätze aufgefaßt worden.

So sagt z. B. Barth, Bl. f. adm. Pr. 1862, S. 276/77: „Die bestehenden Gesetze und Verordnungen, insbesondere die FormV.en bezüglich der Staatsministerien und Kreisregierungen, das revidierte Gemeindeedikt und die Instr. f. d. PolDir. vom 24. September 1808, enthalten sehr ausführliche Bestimmungen über die Zuständigkeit der verschiedenen, zur Tätigkeit auf dem polizeilichen Ressort berufenen Behörden und Stellen, dagegen sind jene Behörden und Stel-

[4]) Auf die sonstigen, von Eichner erwähnten vorkonstitutionellen Normen, in denen auch von „Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ die Rede ist (Instruktion f. Gemeindevorsteher v. 24. Sept. 1808, § 42; Gemeindeedikt v. 17. Mai 1818, § 108; Instr. f. d. Generalkommissäre v. 17. Juli 1808, § 21 usw.) braucht hier nicht näher eingegangen werden, weil diese Vorschriften unstreitig längst außer Kraft sind und deshalb als Grundlage polizeilicher Machtbefugnisse in der Gegenwart keinesfalls mehr in Betracht kommen können.

[5]) Darüber, daß eine bloße Zuständigkeitsnorm materielle Befugnisse nicht verleiht, braucht wohl kaum ein Wort verloren zu werden. Man vgl. etwa Nawiasky, Bundesstaat als Rechtsbegr., S. 181. Dort heißt es: „Die Zuständigkeitsordnung sagt noch nichts über die materiellen Befugnisse des für zuständig erklärten Organs aus. Es wird doch beispielsweise niemand daran zweifeln, daß die Kompetenzverteilung zwischen den Behörden eines Staates der in bestimmten Angelegenheiten für zuständig erklärten Stelle nicht das Recht gibt, nach freier Entscheidung alles zu tun, was in dem betreffenden Geschäftskreis an sich möglich ist. Die Frage der materiellen Befugnis wird vielmehr in jedem Fall noch besonders geprüft werden.“

[6]) Speziell hinsichtlich des Ausdrucks „Wirkungskreis“ vgl. als Beispiel für den älteren Sprachgebrauch etwa einen Aufsatz über „die Kompetenz der Polizeibehörden“, Bl. f. adm. Pr. 1852 (Bd. 2), S. 334, in dem es heißt: „Die Zuständigkeit der Polizeibehörden .... hat in den Jahren 1848—1852 so viele Änderungen erfahren, daß eine übersichtliche Zusammenstellung dessen, was zu ihrem Wirkungskreis hinzugekommen und von demselben ausgeschieden worden ist, willkommen sein wird.“ — Für den Sprachgebrauch in der Gegenwart vgl. z. B. Schiedermair, PStGB., Art. 21, Anm. 2: „Innerhalb ihrer Zuständigkeit: Die Angelegenheit muß allgemein zum Wirkungskreis der Behörde gehören.“

len in Ausfüllung dieser ihrer Kompetenz bisher (d. h. bis 1861) keineswegs lediglich an den Vollzug materieller Gesetzesvorschriften gebunden gewesen, sondern hatten in Supplierung solcher Vorschriften wenigstens faktisch den weitesten Spielraum."

Damit ist ganz unzweideutig ausgesprochen, daß den in Frage stehenden Normen **selbst** der Charakter „materieller", d. h. befugnisverleihender Rechtssätze nicht zukam.

Was speziell die Formationsverordnungen betrifft, so wurden und werden diese in der Literatur einmütig als „allgemeine Zuständigkeitsverordnungen" angesehen und bezeichnet: vgl. etwa Riedel-Sutner, S. 39; Reger-Dames, Erläuterungen zu Art. 1, III PStGB. und Seydel, Bd. II (1885), S. 397, wo es heißt, den FormV.en von 1817 komme heute formellgesetzliche Bedeutung lediglich noch insoferne zu, „als sie die Grenzen zwischen den Gebieten der Verwaltung und der Justiz ziehen" (d. h. eben Zuständigkeiten verteilen, d. V.); vgl. auch Weber, I, 514.

In neuester Zeit hat, gerade mit Bezug auf die Meinung Eichners über das Wesen jener vorkonstitutionellen Normen, Wintrich, bay. VBl. 1928, S. 181 schwere Bedenken geäußert und einen schlüssigen Beweis für die „Gesetzesnatur" dieser Vorschriften nicht als erbracht angesehen und sogar Laforet, der sonst mit der Lehre Eichners durchaus übereinstimmt, erkennt an, „daß die in Frage kommenden Anordnungen der damaligen Staatsgewalt den erwähnten Rechtswillen (materielle Befugnisse zu verleihen, d. Verf.) nicht eindeutig und zweifelsfrei wiedergeben" (Komm. z. GemO. v. 1927, S. 581). In einer jüngst erschienenen Schrift von Dr. Walter Hofmann („Die Polizei im bayrischen Gemeinderecht", Pirmasens 1930) werden diese Bedenken noch mehr unterstrichen (S. 21ff. a. a. O.).

Zusammenfassend ist zu sagen: Die organisatorischen bayrischen Vorschriften aus den ersten Jahren des vorigen Jahrhunderts, welche den Polizeibehörden die Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit übertragen, enthalten lediglich Zuständigkeitsabgrenzungen und rein interne Aufträge an die staatlichen Organe, über die materiellen Befugnisse, welche den letzteren im Verkehr mit den Untertanen bei Erfüllung ihrer Aufgaben zukamen, sagen sie nichts aus.[7])

Daß solche Befugnisse trotzdem in reichstem Maße bestanden, kann nicht zweifelhaft sein. Allein — und dies muß mit aller Schärfe betont werden — die Rechtsgrundlage hiefür bildeten nicht die einzelnen vom Landesherrn erlassenen Verordnungen und Instruktionen, die ermächtigende Rechtssätze nicht waren und nicht sein wollten, sondern die auf keiner geschriebenen Norm beruhende obrigkeitliche Machtfülle der Behörden, welche „eine allgemeine Ermächtigung zu allen polizeilichen Maßnahmen enthielt, wie sie vollkommener wohl nicht mehr gedacht werden kann" (v. Jan, bayr. VerwBl. 1927, S. 210).

§ 2. Die Zeit von 1818 bis 1861.

I. Mit dem Übergang vom absoluten zum Verfassungsstaat gelangte eine ganz neue Auffassung über das Verhältnis zwischen einzelnem und Staatsgewalt zum Durchbruch.

---

7) Das erkennt Eichner selbst an, wenn er in einem jüngst erschienenen Artikel, bayr. Polizei 1931, Heft 4, S. 59 sagt, daß Befugnisse der Behörden „überhaupt vorausgesetzt werden mußten, wenn die Behörden den in seinen (des Königs) Erlassen enthaltenen Aufträgen nachkommen wollten".

An die Stelle des bisher geltenden Grundsatzes behördlicher „Omnipotenz" trat jetzt die Forderung nach **„Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"**: Fortan sollten die staatlichen Organe nicht mehr kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit, sondern nur noch auf Grund von Gesetzen, die ihnen bestimmte Befugnisse verliehen, in Freiheit und Eigentum der Untertanen eingreifen dürfen.

Dies war das Prinzip, welches all den in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ergangenen deutschen Verfassungen zugrunde lag, mochte es auch nicht überall mit voller Deutlichkeit ausgesprochen sein (vgl. Nawiasky, bay. VBl. 1926, S. 386 und Thoma, Handb. d. deutschen Staatsr., Bd. II, S. 231).

Auch die bayr. VerfU. v. 26. Mai 1818 enthält keine ausdrückliche Formulierung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung; Tit. VII, § 2 bezieht sich — jedenfalls unmittelbar — nur auf diejenigen Eingriffe in Freiheit und Eigentum, welche durch Schaffung einer allgemein verbindlichen Norm vorgenommen werden; allein mittelbar muß daraus erschlossen werden, daß es im Sinne der Verfassung lag, auch den speziellen Verwaltungsakt, der im konkreten Einzelfall eine neue Schranke aufrichtet, an das Gesetz zu binden; denn sonst wäre ja die Bestimmung des Tit. VII, § 2, die doch offensichtlich den Zweck hatte, die individuelle Freiheit gegen willkürliche Übergriffe der vollziehenden Gewalt zu sichern, praktisch vollkommen wertlos gewesen. Auch kann es, wie Thoma, S. 112 im Anschluß an O. Mayer, I (1895), S. 75 ausführt, unmöglich dem Willen der Schöpfer der Verfassung entsprochen haben, den speziellen Verwaltungsakt, der die Gefahr ungleicher Behandlung der einzelnen Untertanen mit sich bringt, besser zu stellen, als die generelle Anordnung, die gleiches Recht für alle schafft, und deshalb vom Standpunkt des Rechtsstaates aus vorzuziehen ist (unten § 3, II, 2).

Abgesehen hievon ergibt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht auch schon daraus, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in anderen bayr. Vorschriften unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist (vgl. FormV. über d. Kreisreg. v. 1825, § 15; Art. 1, III PStGB. und § 33 ZustV. v. 4. I. 1872).

Die Literatur hat sich gleichfalls überwiegend in dem genannten Sinne ausgesprochen (vgl. etwa Edel, I, S. 160; Seydel-Piloty, S. 844 ff. und die dort Zit.; s. auch Seydel-Graßmann, S. 218/19; a. M. Bühler, Die subj. öff. Rechte, S. 71 und Sarwey, Allg. Verw.R., S. 35).

1. Wie sah es nun aber in den ersten Zeiten des konstitutionellen Staates mit der **Verwirklichung des neuen Prinzips** aus? Hätte man den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unmittelbar nach Inkrafttreten der Verfassung streng durchführen wollen, so wären dadurch sämtliche Verwaltungsbehörden auf Jahrzehnte hinaus zur Untätigkeit verurteilt gewesen. Fehlte es doch damals an ermächtigenden Rechtssätzen überhaupt;[1]) denn einerseits war es unmöglich, sofort beim Übergang zum Rechtsstaat für das ganze große Gebiet der Verwaltungstätigkeit konstitutionelle Gesetze zur Verfügung zu stellen. Andererseits aber kamen auch die alten verwaltungsrechtlichen Normen aus der Zeit des Polizeistaates als rechtliche Grundlage für das Vorgehen der Behörden nicht in Betracht (oben, § 1).

Diese Vorschriften waren zwar durch den im Wege Rechtens erfolgten Übergang zur neuen Staatsform in ihrer Wirksamkeit nicht berührt worden, allein

[1]) Vgl. Sarwey, allg. VerwR., S. 35 ff., wo mit Bezug auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bemerkt ist: „Unmöglich war seine Durchführung (in den ersten Zeiten des konstitutionellen Staates, d. Verf.) schon aus dem Grund, weil die Organe der Verwaltung in einem geordneten Staate der Anwendung der staatlichen Gewalt nicht entbehren können und die Verwaltungsgesetze, welche die Verwaltungsorgane hiezu ermächtigen, fehlten."

an ihrer rechtlichen Natur hatte sich damit nicht das Geringste geändert, sie blieben, was sie waren: interne Dienstanweisungen und Zuständigkeitsvorschriften, nicht aber ermächtigende Rechtssätze.

Man hat nun allerdings in der Literatur bei dem Versuch, aus der Fülle vorkonstitutioneller Normen diejenigen auszusondern, welche dem verfassungsmäßigen „Gesetze" gleichzustellen sind, verschiedentlich **Theorien** entwickelt, die zu einem abweichenden Ergebnis führen.

So will eine besonders weitgehende Ansicht als Gesetz im materiellen Sinne und damit als vollwertige Rechtsgrundlage für behördliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum gelten lassen jede aus der Zeit des absoluten Staates herübergenommene Anordnung allgemeinen Inhalts, die vom Monarchen ausgegangen ist.

Zur Begründung führt man an, eine Norm, die in einer früheren Verfassungsperiode von dem damals höchsten Faktor im Staate erlassen worden sei, müsse, wenn sie nach Änderung der Staatsform überhaupt fortgelte, notwendig gleiche Kraft und Wirkung besitzen, wie wenn sie von den jetzt höchsten Faktoren, d. h. den gesetzgebenden geschaffen worden wäre.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß diese Argumentation fehlgeht: Sie verkennt, daß eben im absoluten Staate der Herrscher nicht nur Gesetzgeber, sondern zugleich auch oberstes Verwaltungsorgan war und in dieser letzteren Eigenschaft „Anordnungen allgemeinen Inhalts" erlassen konnte, die sich lediglich an die Behörden wendeten, für die Untertanen aber weder Rechte noch Pflichten schufen und deshalb Rechtssätze nicht waren.

Den Fehler der eben genannten Auffassung glaubt eine andere Theorie dadurch vermeiden zu können, daß sie vorkonstitutionellen Erlassen des Landesherrn materielle Gesetzeskraft nur insoweit zuspricht, als sie veröffentlicht worden sind (vgl. O. Mayer, Bd. I, 1. Aufl., S. 120ff., 2. Aufl., S. 82ff. und die dort zitierte Literatur). Die Veröffentlichung, so sagt man, stelle eine Willenskundgebung des absoluten Fürsten an seine Untertanen dar; dadurch sei diesen einerseits aufgegeben worden, ihr Verhalten der Vorschrift entsprechend einzurichten, andererseits aber auch in Aussicht gestellt worden, daß die staatlichen Organe normgemäß vorgehen würden.

Auch diese Konstruktion ist nicht haltbar: Das Merkmal der Veröffentlichung ist, wie O. Mayer selbst zugibt, „ein recht äußerliches, man möchte sagen willkürlich gewähltes. Ob Veröffentlichung stattfand oder nicht, ist für die auf die Verwaltung bezüglichen Anordnungen ja wesentlich nur Zweckmäßigkeitsfrage gewesen." (O. Mayer, 1. Aufl., Bd. 1, S. 121.) Im absoluten Staate konnte es vorkommen, daß eine Willensäußerung des Landesherrn, auch ohne bekanntgemacht zu sein, Pflichten unmittelbar für die Untertanen begründete und deshalb den Charakter eines Rechtssatzes trug (ein gutes Beispiel bei O. Mayer a. a. O., Anm. 4), während dies bei zahlreichen veröffentlichten Erlassen nicht der Fall war.

So sind gerade die hier interessierenden vorkonstitutionellen Normen über Zuständigkeiten und Aufgaben der Verwaltungsbehörden fast durchweg in „Regierungs-" und „Intelligenzblättern" bekanntgemacht worden, ohne doch Rechtssätze zu sein; denn, wennschon man in der Veröffentlichung einen Appell an die Allgemeinheit erblicken will, so hatte doch dieser — genau wie bei den publizierten Dienstvorschriften der Gegenwart — für die Untertanen unmittelbar weder Rechte noch Pflichten zur Folge: Rechte nicht, weil die Bindung der Behörden gegenüber den Untertanen trotz Bekanntmachung der Norm immer nur eine moralische blieb, Pflichten nicht, weil die in Rede stehenden Verordnungen

und Instruktionen Weisungen nur für die staatlichen Organe enthielten und auf die Untertanen erst durch ihre tatsächliche Ausführung wirkten (s. O. Mayer, 1. Aufl., Bd. I, S. 44ff. und oben § 1, I). Auch darf nicht etwa aus der Publikation ein Befehl an die Untertanen des Inhalts herausgelesen werden, daß sie allen Anordnungen Folge zu leisten hätten, welche die Behörde in Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe erließ; denn einen solchen Befehl bei jedem einzelnen Auftrag an die Organe der Verwaltung besonders erteilen zu wollen, lag dem Landesherrn im absoluten Staat angesichts der allgemeinen Gehorsamspflicht der Untertanen ferne (vgl. oben § 1, I).

Kann hienach bei einer vorkonstitutionellen Norm weder ihre Erlassung durch den Monarchen noch auch ihre Veröffentlichung ein hinreichendes Kennzeichen für das Vorliegen eines Gesetzes im materiellen Sinn bilden, so gewinnen wir ein solches Merkmal, indem wir den **Inhalt** der Vorschrift zu Rate ziehen.

Ist dieser so beschaffen, daß der im Verfassungsstaate durch Gesetz festgestellt werden müßte, d. h. greift er irgendwie berechtigend oder verpflichtend in die Sphäre des Individuums ein, so ist die betreffende Norm einem verfassungsmäßigen Gesetze gleichzuachten, andernfalls dagegen nicht.[2])

Diese Lösung, die allein zu einem brauchbaren Ergebnis führt, gründet sich auf die richtige Erwägung, daß eine Vorschrift, die unter früheren Verhältnissen formell richtig ins Leben getreten ist, notwendig so angesehen werden muß, wie wenn sie unter Beobachtung der für Bestimmungen dieses Inhalts jetzt erforderlichen Form geschaffen worden wäre.

Suchen wir unter diesem Gesichtspunkt eine Auswahl unter den vorkonstitutionellen Vorschriften zu treffen, so gelangen wir bei den Justiznormen ohne weiteres zur Bejahung ihrer Gesetzesnatur, weil sie als Quelle von Rechten und Pflichten der Untertanen (oben § 1, I) auch heute in Gesetzesform erlassen werden müßten; dagegen ist den lediglich an die Behörden gerichteten Verwaltungsnormen die Eigenschaft von Gesetzen abzusprechen, weil sie rechtliche Bindungen nur in dem internen Verhältnis zwischen den staatlichen Organen erzeugten, dessen Regelung auch in der Gegenwart nicht durch Gesetz, sondern durch Verwaltungsverordnung erfolgt.

Den inneren Wesensunterschied, der zwischen den letztgenannten Normen und dem rechtssatzschaffenden Gesetze besteht, hat nun freilich auch Otto Mayer nicht verkannt; er sagt in der 1. Aufl., Bd. 1, S. 121ff: „Mit der Aufnahme jener alten ‚Gesetze' in diesen Begriffskreis legen wir immer, wie wir es auch machen wollen, etwas in sie hinein, was von Natur nicht in ihnen lag. Wir erklären sie für bindend für die ganze vollziehende Gewalt, den Fürsten inbegriffen, Rechtsverhältnisse und Rechte der Untertanen begründend, während sie von Haus aus nur Bindung der Beamtenschaft ihrem Herrn gegenüber bedeuteten. Wir lassen sie gelten als die verfassungsmäßige Grundlage, deren Fürsten wie Beamte bedürfen, um zu Eingriffen ermächtigt zu sein in Freiheit und Eigentum der Untertanen, während früher das alles schon gegeben war in der unbeschränkten

---

[2]) Vgl. Seydel, 1. Aufl., Bd. 3, S. 573: „Die angegebene Vorschrift (Titel VII, § 2 VerfU. v. 1818) ist in ihrer Wirkung nicht auf das Recht beschränkt, welches unter der Herrschaft der VerfU. entstanden ist; sie gilt auch für das früher geschaffene Recht. Diese älteren Akte der Staatsgewalt sind demnach ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung auf ihren Inhalt zu prüfen. Vorschriften aus der Zeit vor Erlassung der Verfassungsurkunde sind hinsichtlich ihrer Änderung oder Beseitigung als Gesetze zu behandeln, wenn sie ihrem Inhalt nach als Gesetze im Sinn der Verfassung erscheinen". — Ferner Edel II, S. 109: „Bei vielen in der vorkonstitutionellen Periode erlassenen Verordnungen ist es sehr zweifelhaft, ob sie die Natur eines Gesetzes oder einer Verordnung haben; im Zweifel ist ersteres anzunehmen, wenn ihr Inhalt Bestimmungen enthält, die jetzt nur durch Gesetz erlassen werden dürften".

Macht des Fürsten und in dessen allgemein gehaltenen Aufträgen an seine Beamten und das Gesetz diese Macht nicht verbessern, sondern in ihrer Ausübung nur genauer bestimmen und damit eher beschränken wollte. Oftmals hat auch der alte Gesetzgeber nur in allgemeinen Grundsätzen und Betrachtungen sich ausgesprochen, die erst, wenn man sie als Inhalt eines modernen Gesetzes denkt, auf dem Hintergrund des verfassungsmäßigen Vorbehaltes des Gesetzes wie eine beabsichtigte Ermächtigung aussehen".

Otto Mayer will also **bewußt** Normen, die von Natur ermächtigende Rechtssätze nicht sind, im Verfassungsstaat als solche gelten lassen. Worin aber der juristische Grund für die Annahme eines solchen **Bedeutungswandels** zu suchen ist, darüber gibt Otto Mayer keinen näheren Aufschluß.

Man könnte zunächst daran denken, die bezeichnete Veränderung des rechtlichen Charakters vorkonstitutioneller Vorschriften zurückzuführen auf einen Akt des Gesetzgebers.

Zur Begründung ließe sich etwa sagen, indem der Gesetzgeber die ganze vollziehende Gewalt an das Gesetz band, ohne doch zugleich die nötigen konstitutionellen Vorschriften zur Verfügung zu stellen, habe er, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend, die Behörden einstweilen auf jene Normen als Grundlage ihrer Tätigkeit verwiesen, die bisher auf dem Gebiete der Verwaltung die Stelle des Gesetzes vertreten hatten.[3])

Dieser Auffassung begegnet das Bedenken, daß es wohl kaum im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben kann, all die alten verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu Gesetzen im neuen Sinne zu machen; mußte doch eine solche Maßnahme eine ernste Gefahr für die individuelle Freiheit bedeuten; denn bei ihrer Durchführung konnte es nicht ausbleiben, daß die Behörde Befugnisse, die ihr das konstitutionelle Gesetz — vielleicht bewußt — nicht verlieh, aus irgendeiner der oft sehr weit gefaßten[4]) polizeistaatlichen Instruktionen und Verordnungen herleitete.[5])

Ein zweiter Weg, auf dem vorkonstitutionelle Verwaltungsnormen die Eigenschaft ermächtigender Rechtssätze möglicherweise erlangt haben könnten, ist der einer gewohnheitsrechtlichen Umwandlung.

Auf ihn weist Fleiner, S. 133 hin, indem er sagt, die Praxis habe in Fällen, in denen ein unabweisliches Bedürfnis zu obrigkeitlichem Einschreiten vorlag, vorkonstitutionelle Erlasse des Landesherrn verfassungsmäßigen Gesetzen gleichgestellt, um auf diese Weise Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger zu rechtfertigen.

Es mag dahingestellt bleiben, ob eine derartige Umdeutung polizeistaatlicher

---

[3]) Dies scheint die Anschauung Otto Mayers zu sein, wenn er in der 2. Aufl., Bd. 1, S. 82 sagt: „Als nun die Verfassung kam und man überall die ihr entsprechenden Gesetze brauchte auch in der Verwaltung, schon wegen der jetzt unentbehrlichen gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in Freiheit und Eigentum, da konnte man nicht daran denken, die Gesetze eiligst in der neuen Form fertigzustellen. Man übernahm einfach als solche alle vorhandenen landesherrlichen Anordnungen allgemeinen Inhalts, schlechthin nach dem äußerlichen Maßstab, daß sie veröffentlicht waren. Das ist überall so geschehen, als selbstverständlich, ohne besondere Übergangsbestimmung."

[4]) Man vergleiche etwa den § 65 der bayr. Instruktion f. d. Polizeidirektionen vom 24. Sept. 1808, der lautet: „Die Beförderung alles dessen, was auf Kultus und Unterricht, auf die Verbesserung der Sitten und des Geschmacks Einfluß hat, liegt in dem Wirkungskreise der Polizeidirektionen". — Welch verheerende Folgen müßte es haben, wenn man dieser Vorschrift, wie es Eichner bei den §§ 37 ff. der gleichen Instruktion tut, in der Gegenwart den Charakter eines ermächtigenden Rechtssatzes beilegen wollte.

[5]) Diese Gefahr will offenbar O. Mayer, 3. Aufl., Bd. 1, S. 82 andeuten, wenn er mit Bezug auf die als Gesetze im neuen Sinn übernommenen vorkonstitutionellen Verwaltungsnormen bemerkt: „Der Rechtsstaat hatte manchmal an dieser Erbschaft nicht leicht zu tragen".

Vorschriften verfassungsmäßig im Wege Gewohnheitsrechts überhaupt zulässig war.

Auf jeden Fall steht fest, daß sie nicht durch einseitige Übung der Verwaltungsbehörden erfolgen konnte; denn sonst hätten es ja diese in der Hand gehabt, durch dauernde Anwendung irgendwelcher, vielleicht erst zu diesem Zwecke der Vergessenheit entrissener vorkonstitutioneller Normen sich die gewünschten Ermächtigungen selbst zu schaffen.

Vielmehr war es, um den bezeichneten Bedeutungswandel eintreten zu lassen, notwendig, daß auch Rechtsprechung und Rechtslehre der vorkonstitutionellen Bestimmung den Charakter eines ermächtigenden Rechtssatzes beimaßen.[6])

Eine derartige Entwicklung aber ist, mag sie sich auch in einzelnen Fällen, wie z. B. bei § 10 II 17 pr. ALR.[7]) tatsächlich vollzogen haben, keineswegs bei all den aus dem Polizeistaat herübergenommenen Normen festzustellen (über die bayrischen vorkonstitutionellen Bestimmungen s. unter II.).

Selbst wenn sie jedoch überall gegeben wäre, könnte dies dennoch nicht hinreichen, um die gesamte in den ersten Zeiten des Verfassungslebens unentbehrliche Verwaltungstätigkeit auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen; denn es lassen sich eben keineswegs für alle damals zweifellos notwendigen und auch tatsächlich von den Behörden getroffenen Maßnahmen entsprechende Bestimmungen aus der Zeit des absoluten Staates nachweisen (Beispiele hiefür unter II.). So galt bei Beginn der konstitutionellen Epoche der Satz, den Thoma, S. 106 ausgesprochen hat: „Es fehlte an Ermächtigungen überhaupt oder doch an klaren und zureichenden Ermächtigungen für die von den Organen der Staatsgewalt geübte Polizeigewalt. Selbst wenn man nicht geneigt sein sollte, dem § 10 II 17 ALR. die Eigenschaft einer zureichenden Ermächtigung zu polizeilichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum abzusprechen, so kann doch daran kein Zweifel aufkommen, daß in andern Staaten Gesetzesstellen von gleicher Qualität regelmäßig nicht auffindbar sind."

2. Die vorstehenden Darlegungen haben gezeigt, daß man den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung keineswegs sofort beim Übergang zum Rechtsstaat konsequent zu verwirklichen vermochte. „Es war ein Ding der Unmöglichkeit, die gesamte Staatsordnung auf einen Schlag umzuändern, alles, was bisher aus obrigkeitlicher Machtvollkommenheit geschah, von heute auf morgen auf gesetzlichen Boden zu stellen und nach den Grundsätzen des konstitutionellen und des Rechtsstaats .... umzugestalten." (Thoma, S. 112.)

Aus dieser durch juristische Konstruktionen nicht aus der Welt zu schaffenden Tatsache hat Thoma den unabweisbaren Schluß gezogen, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in den ersten Jahrzehnten des Verfassungslebens nichts anderes sein konnte, als ein Programm, zu dessen Durchführung es notwendig einer Übergangszeit und eines entsprechenden **Übergangsrechtes** bedurfte.

Dies ist der Sinn der von Thoma, S. 111ff. entwickelten Theorie, die

---

[6]) Vgl. dazu Thoma, Handb. d. deutschen Staatsrechts, II, S. 230. Dort ist ausgesprochen, daß vorkonstitutionelle Normen im Rechtsstaat als ermächtigende Rechtssätze nur dann in Betracht kommen, wenn sie als solche „von den unabhängigen Justiz- und Verwaltungsgerichten anerkannt" sind.

[7]) Fleiner, S. 134 bemerkt hierüber: „Besonders interessant ist wie die Vorschrift des Allg. Preuß. Landrechts II, 17, § 10 von dem „Amte der Polizei" rechtsstaatlich umgedeutet worden ist. Ursprünglich steckte in ihr bloß eine theoretische Definition des Begriffs Polizei. Dann begann die Praxis den Lehrsatz in einen Rechtssatz umzudeuten und schließlich entdeckte sie in ihm ein „Gesetz" das die Polizei zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigt."

besagt: Nach dem Übergang zum Verfassungsstaat blieben „alle nach hergebrachten Regierungsgrundsätzen unvermeidlichen und innerhalb der hergebrachten Kompetenz der Behörden erlassenen Eingriffe in Freiheit und Eigentum“ auch ohne gesetzliche Grundlage solange rechtsgültig, als das Rechtsgebiet, auf dem sie sich bewegten, „seine verfassungsrechtliche Regelung noch nicht empfangen hatte“.

Diese „Konstruktion eines konstitutionellen Übergangsrechts“ entspricht einem zwingenden praktischen Bedürfnis, weil die staatlichen Organe, auch solange ermächtigende Rechtssätze fehlten, ohne die Befugnis zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum ihren Aufgaben unmöglich gerecht werden konnten.

Die Thomasche Theorie steht aber auch, wennschon sie nirgends gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, im Einklang mit dem Geiste der deutschen Verfassungen, „einem Geiste nicht des Umsturzes und des Radikalismus, sondern des allmählichen Fortschritts und des geordneten Übergangs von einer veralteten zu einer neuen, aber erst allmählich zu schaffenden und auszubauenden Staatsordnung“ (Thoma, S. 113; ähnlich W. Jellinek a. a. O., S. 174).

Die genannte Auffassung stimmt endlich und vor allem überein mit der tatsächlichen Gestaltung der Dinge und den Anschauungen, wie sie in den ersten Zeiten des konstitutionellen Staates allgemein herrschten.

Sowohl die Praxis wie die Theorie haben nach Inkrafttreten der Verfassungen bis tief in das 19. Jahrhundert hinein für die Verwaltungsbehörden die Befugnis, bei Erfüllung ihrer Aufgaben in den Rechtskreis des Untertans einzugreifen, als selbstverständlich in Anspruch genommen und dieselbe nicht etwa aus irgendwelchen ermächtigenden Rechtssätzen, sondern aus dem „Wesen der obrigkeitlichen Gewalt“ und der „allgemeinen Rechtsstellung der Behörden“ hergeleitet (vgl. etwa Georg Meyer, Annal. d. Deutschen Reichs 1878, S. 369; Sarwey, Allg. VerwR., S. 76; sogar noch Meyer-Dochow, 1910, S. 649; ferner die Urteile des RG. in Strafſ., Bd. 3, 185; 13, 44). Erst die Rechtsprechung des preußischen OVG. und die Autorität Labands haben, wie Thoma (Handb. d. deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 229) im Anschluß an Bühler („die subj. öff. Rechte“) feststellt, gegenüber dieser Auffassung den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu unbestrittener Anerkennung gebracht.

II. Der Zustand, der im Vorangegangenen allgemein geschildert worden ist, herrschte während der ersten Zeiten des Verfassungslebens im besonderen auch auf dem **Gebiete der bayrischen Sicherheitspolizei.**

Die einschlägigen Verordnungen und Instruktionen, die man aus der vorkonstitutionellen Epoche herübergenommen hatte, waren — eben weil sie im Polizeistaat eine notwendige Voraussetzung behördlichen Wirkens nicht gebildet hatten — so lückenhaft und unvollkommen, daß sie schon aus diesem Grunde eine ausreichende Grundlage für die Tätigkeit der Verwaltungsorgane nicht abzugeben vermochten.

So wird man z. B. vergebens nach einer vorkonstitutionellen Bestimmung suchen, die den polizeilichen Wirkungskreis der Landgerichte (Vorgänger der jetzigen Bezirksverwaltungsbehörden) näher umschriebe[8]) und auch die von der

---

[8]) Dieser Umstand bereitet Eichner, der ja die gesamte Polizeigewalt in der Gegenwart auf geschriebenes vorkonstitutionelles Recht gründen will, sichtlich Schwierigkeiten. Eichner muß, um seine Konstruktion zu retten, einen äußerst gequälten Umweg einschlagen. Er will eine vorkonstitutionelle Grundlage der von ihm behaupteten allgemeinen Ermächtigung für die Bezirksämter dadurch gewinnen, daß er ausführt, die Bezirksämter seien gemäß § 2 der VO. v. 21. Dez. 1908 „die äußeren Behörden für das Gebiet der inneren Staatsverwaltung“. Deshalb ergebe sich

Staatsregierung nach Inkrafttreten der Verfassungsurkunde weiterhin geübte und praktisch sicherlich — bis zu einem gewissen Grade — unentbehrliche Polizeiverordnungstätigkeit läßt sich auf keinerlei polizeistaatliche Vorschrift zurückführen.

Soweit aber Normen aus der Zeit vor der Verfassung vorhanden waren — hier kommen besonders die oben, § 1, II erwähnte Instr. f. d. PolDir. und die Formationsverordnungen in Betracht —, läßt sich bei diesen eine rechtsstaatliche Umdeutung in dem dargelegten Sinne nicht nachweisen.[9]) Insbesondere hat sich bei jenen vorkonstitutionellen Bestimmungen, die den Polizeibehörden die Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ordnung übertrugen, eine ähnliche Entwicklung, wie bei § 10 II ALR. nicht vollzogen. Vielmehr ist diesen Vorschriften der Charakter ermächtigender Rechtssätze in älterer wie in neuerer Zeit unzweideutig abgesprochen worden (vgl. die oben, § 1, II zitierte Literatur). Auch die Praxis hat sich meines Wissens niemals in gleicher Weise, wie dies in Preußen bei § 10 II 17 ALR. geschah, auf jene Normen als rechtliche Grundlage für Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen berufen.[10]) Ist dem aber so, dann geht es keineswegs an, den vorkonstitutionellen bayrischen Bestimmungen, wie Eichner will, plötzlich in der Gegenwart dieselbe Bedeutung beimessen zu wollen, die das preußische Polizeigesetz in jahrzehntelanger Anwendung durch Verwaltungspraxis, Rechtsprechung (insbes. des OVG.) und Theorie erlangt hat.

Was die Grundsätze betrifft, die in Bayern während der ersten Epoche des Verfassungsstaates für die Handhabung der Polizeigewalt maßgebend waren, so gilt hier das gleiche, was unter I, 2 allgemein ausgeführt worden ist: Die Polizeibehörden betrachteten es als ihr selbstverständliches Recht, überall, wo die ihnen obliegende Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ordnung es notwendig machte, dem einzelnen befehlend und zwingend gegenüberzutreten. Ausdrückliche Ermächtigungen wurden hiebei nicht als erforderlich erachtet, ja sogar konstitutionelle Gesetze, soweit solche schon vorhanden waren, nur als Schranke, nicht aber als Grundlage behördlicher Befugnisse angesehen. Als Beleg für diesen Zustand sei nur zweierlei angeführt: Einmal die bei den Landtagsverhandlungen von 1831 (Bd. 11, Prot. Nr. VII, S. 63) gefallene Äußerung des Abgeordneten Rudhart (zit. bei Eichner, S. 17), die besagt, „der weitreichende Arm der Polizei“ sei noch „ungebunden“, sodann die bereits oben, § 1, II wiedergegebene Stelle bei Barth, wo hervorgehoben ist, die Polizeibehörden seien bisher in Ausfüllung ihrer Kompetenz an den Vollzug materieller Gesetzesvorschriften nicht gebunden gewesen.

Daß ein derartiges Fortbestehen obrigkeitlicher Machtvollkommenheit trotz aller praktischen Unentbehrlichkeit mit den Grundsätzen des Verfassungsstaates in schärfstem Widerspruch stand und als „Überbleibsel aus dem Polizeistaat dem Rechtsstaat wie ein Fremdkörper anhaftete“ (Kitzinger, S. 69), ist klar. Es hat

---

ihre allgemeine Ermächtigung „aus der durch die Formationsverordnungen dem Ministerium und den Kreisregierungen übertragenen Aufgabe, für Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung zu sorgen“ (Eichner, S. 11, Anm. 16). Bedenkt man, daß sowohl die Formationsverordnungen (oben, § 1, II) als auch die VO. v. 21. Dez. 1908 reine Zuständigkeitsvorschriften sind, so wird die Unhaltbarkeit der Eichnerschen Konstruktion ohne weiteres klar.

[9]) Eine Ausnahme gilt für die, inhaltlich aus vorkonstitutioneller Zeit stammende Vorschrift des Art. 102 AG. StPO. Darüber unten, § 3, Anm. 2!

[10]) Hofmann, Die Polizei im bayr. Gemeinderecht (Pirmasens 1930), S. 22 bemerkt, „daß in der bayrischen Polizeipraxis .... die geschriebene Rechtsgrundlage in Vergessenheit geriet, während die preußische Polizei seit mehr als einem Jahrhundert sich ausdrücklich auf § 10 II 17 ALR. bezog“.

sich in Bayern gezeigt in den mannigfachen Klagen über die Handhabung der Polizeigewalt (vgl. die Landtagsverh. v. 1831 sowie die Ausf. hiezu bei Eichner, S. 49ff.) und in den vielen, schon unmittelbar nach dem Übergang zur konstitutionellen Staatsform beginnenden Reformversuchen. „Politische Ereignisse einerseits, mangelnde staatsrechtliche Klugheit andererseits" (Thoma, S. 112) ließen das ersehnte konstitutionelle Gesetz erst im Jahre 1861 zustande kommen.

§ 3. Das Polizeistrafgesetzbuch vom 10. Nov. 1861/26. Dez. 1871.

Leider hat es dieses Gesetz versäumt, einen klaren und unzweideutigen Ausspruch darüber zu treffen, ob es sein Wille war, das gesamte Gebiet der Sicherheitspolizei abschließend zu regeln und damit aus dem Zustand behördlicher Omnipotenz in denjenigen gesetzlicher Gebundenheit überzuführen. Deshalb herrscht über die Bedeutung des PStGB. Streit:

Eichner (S. 10ff. u. 21ff.) sowie v. Jan (bayr. VBl. 1927, S. 208ff.) und Laforet (Komm. z. GemO. v. 1927, Anm. 3) vertreten die Ansicht, die Gesetzgebung von 1861 habe lediglich den Zweck verfolgt, die richterliche Kompetenz der Polizeibehörden auszuschalten und ihre Befugnis zur Erlassung strafbewehrter Anordnungen[1]) im Sinne der Spezialdelegation genau festzulegen. Dagegen sei im übrigen — von wenigen Sondervorschriften abgesehen — an der Rechtsstellung der Polizei nichts geändert worden; insbesondere sei den Behörden die Befugnis verblieben, durch unbewehrte Verfügungen und Zwangsmaßnahmen der individuellen Freiheit überall da Schranken zu ziehen, wo dies im Interesse der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" notwendig erscheine.

Zum Beweise für die Richtigkeit dieser Auffassung hat man sich im wesentlichen auf eine Stelle in dem Kommentar z. PStGB. von Edel (Erlangen 1862), S. 149 berufen. Dieselbe braucht, wie unten, III, 3 zu zeigen sein wird, durchaus nicht notwendig den bezeichneten Sinn zu haben. Selbst wenn sie ihn aber hätte, wäre es sehr gewagt, einer solchen, wenn auch von berufener Seite herrührenden literarischen Anmerkung ausschlaggebende Bedeutung beizulegen; denn es bleibt stets zu bedenken, was das Reichsgericht (s. deutsche Richterzeitung 1916, S. 542) ausgesprochen hat: „So wertvoll die Äußerungen gesetzgebender Faktoren oder der Bearbeiter eines Gesetzes für seine Auslegung im allgemeinen sein mögen, sie versagen immerhin da, wo die Auslegung des Gesetzes aus sich selbst und nach seinem Sinn und Zweck zu einem abweichenden Ergebnis führt."

I. Im Folgenden soll daher zunächst untersucht werden, ob sich nicht aus dem **Polizeistrafgesetzbuch selbst** Anhaltspunkte für die Lösung der streitigen Frage entnehmen lassen.

Vorweg ist zu betonen, daß aus der Bezeichnung und dem typischen Charakter des Gesetzes als Polizeistrafgesetzbuch keineswegs ohne weiteres erschlossen werden darf, man habe nur die strafrechtliche Seite des Polizeirechts abschließend regeln wollen. Dies beweist klar das badische „Polizeistrafgesetzbuch" vom 31. Okt. 1863, welches dem bis zu seinem Inkrafttreten herrschenden polizeistaatlichen Zustand unbestrittenermaßen für das gesamte Gebiet der Sicherheitspolizei ein Ende bereitet hat (vgl. Thoma, S. 269/270).

Auch der Inhalt des bayrischen Gesetzes im einzelnen bietet keine Stütze für die genannte enge Auffassung. Das Polizeistrafgesetzbuch enthält nämlich sowohl in seinem allgemeinen wie auch in seinem besonderen Teil eine ganze

[1]) Darunter sind solche Anordnungen zu verstehen, deren Übertretung mit Strafe bedroht ist. Als Beispiele vgl. etwa die Art. 28, 29, 38, 61, 78 PStGB.

Reihe von Vorschriften, die sich nicht mit der Erlassung strafbewehrter Anordnungen, sondern mit anderen Aktionen der Polizei, insbesondere den ihr zu Gebote stehenden Zwangsmaßnahmen befassen. Nach Eichner wollte man durch diese Bestimmungen lediglich gewisse Spezialfälle (Ersatzvornahme, Ungehorsamsstrafen usw.) regeln, keineswegs aber eine erschöpfende Darstellung polizeilicher Zwangsbefugnisse geben.

Daß diese Anschauung nicht richtig sein kann, beweist zunächst schon ein Blick in die Materialien zum PStGB.:

In den Motiven zum Regierungsentwurf (Verh. d. K. d. Abg., GGA., Beil. Bd. 2, S. 100) heißt es: „Außer der gedachten Befugnis (zur Erlassung strafbewehrter Anordnungen, d. Verf.) war in der ersten Abteilung des Entwurfs noch ein anderer Gegenstand, die polizeilichen Zwangsbefugnisse, behufs der möglichsten Vollständigkeit des Polizeistrafgesetzbuchs zu behandeln. Hiebei beschränkte sich jedoch der Entwurf nicht, wie jene vom Jahre 1851 und 1855 auf den bloßen Vorbehalt dieser Befugnisse, sondern bestimmte zugleich die Art und das Maß der Zwangsmittel, welche den einzelnen Polizeistellen und Behörden nach ihrer Stellung im Staatsorganismus und nach ihren Zuständigkeitsverhältnissen einzuräumen sind."

Bei den Beratungen des GesetzgebAussch. d. K. d. Abg. (Beil. Bd. 3, 213) wurde ausgeführt, „man sei nun zwar dermalen nicht in der Lage, einen über den Polizeibehörden stehenden Kassationshof zu schaffen, gleichwohl aber müsse man tun, was eben dermalen möglich sei, und das bestehe darin, daß man dem polizeilichen Zwangsrechte bestimmte Regionen abstecke".

Und in der Kammer der Reichsräte (GesAussch., Beil. Bd. 3, S. 289) bemerkte der Referent in seinem Vortrag: „Die Zulässigkeit, die Art und das höchste Maß der polizeilichen Zwangsmaßregeln, deren die Behörden bedürfen, um ihren Verfügungen Geltung und Nachdruck zu verschaffen, ist gleichfalls durch den Entwurf gesetzlich festgestellt und dadurch polizeilicher Willkür vielfach begegnet".

Schon diese Stellen aus der Entstehungsgeschichte des PStGB. geben deutlich zu erkennen, daß die gesetzgebenden Faktoren keineswegs willens waren, den Verwaltungsbehörden ein allgemeines, von den Bestimmungen des PStGB. unabhängiges Befehls- und Zwangsrecht zur Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere zur Wahrung der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" zu belassen. Im übrigen liefert das Gesetz selbst bei genauer Betrachtung den Beweis, daß dies nicht zutreffen kann.

Der Gesetzgeber hat bei Regelung der polizeilichen Befugnisse unterschieden, je nachdem dieselben dem Vollzuge von Strafgesetzen oder solchen Gesetzen dienen, deren Übertretung nicht mit Strafe bedroht ist.

Zunächst ist hier das in ersterer Richtung aufgestellte, in **Art. 20. Abs. 1** PStGB. enthaltene allgemeine Prinzip von Interesse; es lautet: „In Fällen, welche mit Strafe gesetzlich bedroht sind, ist die zuständige Polizeibehörde, vorbehaltlich der späteren Strafverfolgung, soweit nötig, zur vorläufigen Einschreitung befugt". Was diese Vorschrift für die Frage der Generalklausel bemerkenswert macht, ist die Tatsache, daß durch sie die polizeiliche Tätigkeit an den „Vorbehalt der späteren Strafverfolgung" gebunden worden ist. Damit hatte[2]) es folgende Bewandtnis:

[2]) Der „Vorbehalt der späteren Strafverfolgung" ist jetzt durch Art. 102 AG. StPO., der ihn nicht enthält, beseitigt (vgl. Kitzinger, S. 128, Gerstle, S. 722 und die Entsch. d. VGH. vom 6. Dez. 1922 in der Sache Windemuth). Im Gegensatz hiezu nimmt Schiedermair, Anm. 1

So oft die Polizeibehörde gegen eine strafbare Handlung vorging, war sie verpflichtet, alsbald durch Anzeige an die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung einzuleiten[3]) (vgl. die Kommentare z. PStGB. von Edel, Riedel-Sutner, Schiedermair und Weinisch in ihren Erläut. z. Art. 20). Der Richter war sodann dazu berufen, durch Entscheidung über die Strafbarkeit des von der Polizei bekämpften Tatbestandes die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens nachzuprüfen („Die Legalität der polizeilichen Maßregel darf der gerichtlichen Kognition nicht entzogen werden", Edel I, 154; vgl. Verh. d. K. d. Abg., GGA., Beil Bd. 2, 161; ferner Kitzinger, S. 130). Erfolgte eine Verurteilung, so war damit zugleich die Rechtswidrigkeit der vom Täter begangenen Handlung bzw. Unterlassung und die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Abwehr festgestellt (vgl. Schiedermair, Art. 16, Anm. 5). Erachtete dagegen der Richter eine Straftat nicht für gegeben und sprach deshalb frei, so bedeutete dies, daß das in Frage stehende Verhalten erlaubt, die auf seine Unterdrückung gerichtete Maßnahme der Polizei aber unzulässig war und sofort außer Kraft gesetzt werden mußte (vgl. Schiedermair, Art. 20, Anm. 7; Weinisch, Anm. 3).

Der Sinn dieser Regelung ist klar: Man wollte, indem man die polizeiliche Tätigkeit der richterlichen Kontrolle unterstellte, eine Gewähr dafür schaffen, daß die Polizei durch Befehl und Zwang nur dasjenige durchsetzte, wozu die Untertanen kraft Gesetzes unter Strafe verpflichtet waren. Es sollte verhindert werden, daß die Behörden darüber hinaus durch ihre speziellen Maßnahmen der individuellen

---

zu Art. 20 PStGB. an, daß „Art. 102 AG. StPO. eine andere, neben Art. 20 PStGB. einhergehende Angelegenheit" regle und daß deshalb beide Bestimmungen vollkommen unabhängig voneinander zu betrachten seien; ebenso Eichner, S. 78 und bayr. GemZ. 1928, S. 29. — Die letztere Auffassung trifft keineswegs zu. Das beweist ein Blick auf die Auslegung, die Edel, der „Hauptbeteiligte bei der Erlassung des PStGB. und maßgebende Kommentator dieses Gesetzes" (Eichner, S. 11) dem Art. 30, I (= jetzt 20, I) gegeben hat. Es heißt auf S. 150 des Kommentars z. PStGB. von 1861: „Das Recht der vorläufigen Einschreitung umfaßt:

1. die Befugnis, zur Verhinderung strafbarer Handlungen vor deren Ausführung die nötigen Vorbeugungsmaßregeln (Präventivmaßregeln) vorzukehren ....
2. die Befugnis, die Fortsetzung und Beendigung der in der Ausführung begriffenen strafbaren Handlungen durch die nötigen Repressivmaßregeln zu hemmen ...." usw.

Die Praxis war der gleichen Auffassung; vgl. die Ministerialentschließung vom 11. Jan. 1866, in der es heißt (s. Weber, Bd. VI, S. 567): „Dieses Recht der vorläufigen Einschreitung umfaßt sehr ausgedehnte Befugnisse und begreift insbes. die Ermächtigung in sich, zur Verhinderung strafbarer Handlungen die erforderlichen Präventivmaßregeln vorzukehren, der Fortsetzung der in der Ausführung begriffenen strafbaren Handlungen durch die notwendigen Repressivmaßregeln entgegenzutreten ...." usw. — Aus dem Angeführten ergibt sich, daß Wissenschaft und Praxis jedenfalls in den ersten Zeiten nach Inkrafttreten des PStGB. aus Art. 30 (20), Abs. 1 die gleichen Befugnisse der Polizei abgeleitet haben, die man jetzt auf Art. 102 AG. StPO. stützt. — Bemerkenswert ist dabei, daß weder in dem sehr ausführlichen Kommentar von Edel noch in der eben genannten Ministerialentschl. noch auch in den Materialien zum PStGB. die dem Art. 102 AG. StPO. inhaltlich gleiche Vorschrift des StGB. von 1813, Teil II, Art. 18 mit einem Wort erwähnt wird. Darin zeigt sich deutlich, daß in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts noch niemand daran dachte, dieser vorkonstitutionellen Bestimmung die Eigenschaft eines ermächtigenden Rechtssatzes beizumessen. Erst nachdem die Vorschrift in ein konstitutionelles Gesetz das AG. StPO. übernommen worden war, ist sie unter dem Einfluß von Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Theorie allmählich zu ihrer jetzigen Bedeutung gelangt. Von dem Zeitpunkt an aber, wo diese Entwicklung abgeschlossen war, mußte die Bestimmung des Art. 20, I und der in ihr enthaltene „Vorbehalt der späteren Strafverfolgung" als überholt angesehen werden.

[3]) Nur in ganz wenigen, erschöpfend aufgezählten Fällen hat man die Polizei durch die Formel: „unabhängig von der Strafverfolgung" von dieser Verpflichtung entbunden, vgl. die Art. 32, II; 33, II; 34, II; 38, II; 83, II; 106, IV, V; 131, II; 155, III. Dazu Riedel-Sutner, S. 73.

Freiheit neue, im Gesetze selbst nicht enthaltene Schranken zogen.[4])

Bedenkt man nun, daß nach Eichner polizeiliches Einschreiten gerade auch überall dort zulässig sein soll, wo kein Verstoß gegen ein Strafgesetz, sondern nur eine nicht allgemein verbotene „Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit" in Frage steht, so ergibt sich, daß diese Lehre mit der in Art. 20, Abs. 1 PStGB. vom Gesetzgeber getroffenen Regelung schlechthin unvereinbar ist und deshalb unmöglich richtig sein kann.

Gegen das bisher Gesagte läßt sich einwenden, daß es sich dabei nur um Folgerungen aus einer Bestimmung handelt, die unmittelbar lediglich das Verhältnis der Polizei zu strafbarem Unrecht betrifft. Das PStGB. enthält aber auch ein allgemeines Prinzip über jene polizeiliche Tätigkeit, welche sich nicht gegen strafbare Handlungen richtet. Der Gesetzgeber hat es, allerdings in etwas verhüllter Form in **Art. 21, Abs. 1** (früher Art. 28 EG. z. PStGB. von 1861) ausgesprochen. Die Vorschrift lautet: „Die Behörden der inneren Verwaltung sind befugt, Verfügungen, die sie innerhalb ihrer Zuständigkeit zum Vollzug von Gesetzen, deren Übertretung nicht mit Strafe bedroht ist, an bestimmte Personen erlassen und diesen eröffnet haben, durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel zur Ausführung zu bringen." Damit sind an jene Verfügungen der Verwaltungsbehörden, zu deren Durchführung Zwang zulässig sein soll — und dies ist gerade für die hier interessierenden Polizeiverfügungen schlechthin wesentlich —, zwei Anforderungen gestellt worden, welche wohl zu beachten sind:

Erstlich hat man verlangt, daß diese Verfügungen sich halten innerhalb der Zuständigkeit der erlassenden Behörde. Damit war nichts neues gesagt; denn, daß die Verfügung „kompetenzmäßig" sei, war auch schon vor Inkrafttreten des PStGB. notwendig.

Zweitens aber, und darin lag die große Wandlung, wurde bestimmt, daß es sich um Verfügungen handeln müsse, die erlassen sind „zum Vollzuge von Gesetzen". Diese Fassung hat man, wie die Verh. des bes. Aussch. der. K. d. Abg. (Beil. Bd. 3, 212) beweisen, an Stelle der ursprünglich vorgeschlagenen Formel: „auf Grund von Gesetzen" ausdrücklich in der Absicht gewählt, darzutun, daß man es in Zukunft „nicht für genügend erachte, wenn die Polizeibehörde nur überhaupt in einer gewissen Richtung Kompetenz habe, sondern voraussetze, daß sie für Ausübung dieser Kompetenz in irgend einem Gesetz oder einer gültigen landesherrlichen Verordnung eine materielle Grundlage habe, um deren Realisierung es sich handle, sohin nicht willkürlich verfahre". (Vgl. auch Kitzinger, S. 113, Anm. 1; Thoma, S. 261; Edel I, S. 160.)

Fragen wir uns nun, ob die von Eichner herangezogenen vorkonstitutionellen Bestimmungen — ihre Gültigkeit in der Gegenwart voraus-

[4]) Damit hat der Gesetzgeber für das Gebiet der Bekämpfung strafbarer Handlungen den gleichen Gedanken zum Ausdruck gebracht, wie er ihn in Art. 21, I PStGB. durch die Fassung: „zum Vollzuge von Gesetzen" für jene Fälle festlegte, wo die Polizei gegen nicht strafbares Verhalten einschreitet (darüber unten im Text.) Diese ganze Regelung, die noch durch eine Reihe von Sonderbestimmungen ergänzt wird, in denen zu allem Überfluß die polizeiliche Tätigkeit von einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Strafrichter abhängig gemacht ist (vgl. etwa Art. 73, III; 81, II; 105, I; 130, III, IV), zeigt deutlich, mit welchem Mißtrauen der Gesetzgeber der Polizeigewalt gegenüberstand und wie ängstlich er bestrebt war, ihr im Interesse der individuellen Freiheit möglichst enge Schranken zu ziehen (Kitzinger, S. 170 spricht davon, daß das PStGB. herausgewachsen sei aus einer „individualistischen, der gegen den einzelnen gerichteten Staatsgewalt feindlichen Epoche des Rechtslebens"). Daß aber ein Gesetzgeber, der so denkt, der Polizei eine ganz allgemeine, gesetzlich nicht näher umschriebene Ermächtigung zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Untertanen habe belassen wollen, kann schlechthin nicht angenommen werden.

gesetzt — als eine derartige „materielle Grundlage" in Betracht kommen, so muß dies unbedingt verneint werden; denn unter „Gesetzen, deren Übertretung nicht mit Strafe bedroht ist", versteht Art. 21 nur solche Normen, die Gebote und Verbote unmittelbar an die Untertanen richten (Schiedermair, Art. 21, Anm. 5; Staudinger-Schmitt, Art. 21, Anm. 1; Eichner, bayr. Gem. u. VerwZ. 1928, S. 8). Die Formationsverordnungen und die Instr. f. d. PolDir. aber sind rein organisatorische Vorschriften und wenden sich nicht an die Untertanen, sondern an die Behörden und Beamten, sie legen, wie oben, § 1, II ausgeführt, lediglich die „Kompetenz" der staatlichen Organe fest, die nach dem eben wiedergegebenen Standpunkt des Gesetzgebers gerade nicht hinreichen sollte, um Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen zu rechtfertigen. Wollte man also mit Eichner zum Vollzuge der genannten vorkonstitutionellen Normen „gesetzliche Zwangsmittel" in Anspruch nehmen, so hieße dies dem Sinn und Zweck des Art. 21 direkt zuwiderhandeln.[5]) Steht aber hinter diesen Vorschriften keine staatliche Zwangsgewalt, so können sie auch niemals Grundlage für irgendwelche polizeiliche Aktionen sein, die gegen den Willen des einzelnen in dessen Rechtsbereich eingreifen.

Die hier entwickelte Ansicht über die Bedeutung des Art. 21 und seinen Einfluß auf die Befugnisse der Polizei hat in der **Literatur** vielfach Anerkennung gefunden:

So sagt z. B. Barth, einer der führenden Mitarbeiter bei den Gesetzgebungsverhandlungen von 1859/61 an der bereits mehrfach erwähnten Stelle (Bl. f. adm. Pr., 1862, S. 276ff.), deren bereits zitierter Teil des Zusammenhangs wegen hier noch einmal wiederholt sei: „Die bestehenden Gesetze und Verordnungen, insbesondere die Formationsverordnungen bezüglich der Staatsministerien und Kreisregierungen, das revidierte Gemeindeedikt und die Instruktion für die Polizeidirektionen vom 24. September 1808 enthalten sehr ausführliche Bestimmungen über die Zuständigkeit der verschiedenen, zur Tätigkeit auf dem polizeilichen Ressort berufenen Behörden und Stellen, dagegen sind jene Behörden und Stellen in Ausfüllung dieser ihrer Kompetenz bisher keineswegs lediglich an den Vollzug materieller Gesetzesvorschriften gebunden gewesen, sondern hatten in Supplierung solcher Vorschriften wenigstens faktisch den weitesten Spielraum. Dieser bleibt ihnen auch fernerhin, soweit es sich nicht um die Anwendung irgendeines moralischen oder physischen Zwanges, um irgend einen Eingriff in die Freiheit und das Vermögen der Staatsangehörigen handelt; soweit aber ein Zwang angewendet werden soll, genügt es dem Einführungsgesetz (Art. 28 = Art. 21 PStGB. von 1871, d. Verf.) gegenüber fortan an der Kompetenz nicht mehr, sondern die mit solcher betraute Polizeibehörde muß auch eine in einem Gesetz enthaltene materielle Bestimmung, um deren Vollzug es sich handelt, für sich anführen können, wenn sie nach Art. 28 mit Zwangsmaßregeln einschreiten will, geradeso, wie auch bei dem Richter seine Kompetenz nur den einen Pfeiler der Unterlage seiner Urteile bildet und ihn für sich allein nicht zu

[5]) Eichner selbst erkennt auf S. 42, Anm. 54 ausdrücklich an, daß die erwähnten vorkonstitutionellen Normen nicht Gesetze im Sinn des Art. 21 PStGB. sind. Er übersieht aber, daß dann zu ihrem Vollzug nicht nur die in Abs. 2 geregelten Ungehorsamsstrafen, sondern überhaupt die in Abs. 1 generell verliehenen „gesetzlichen Zwangsmittel" nicht zu Gebote stehen. — Gegen das im Text Gesagte läßt sich ein Gegenargument nicht etwa daraus herleiten, daß auch Art. 102 AG. StPO. nur eine an die staatlichen Organe gerichtete organisatorische Vorschrift sei; denn Art. 102 hat, wie bereits erörtert (oben, § 3, Anm. 2) unter dem Einfluß von Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Theorie einen Bedeutungswandel erfahren, der bei den von Eichner herangezogenen Normen nicht festzustellen ist.

irgendeinem Ausspruche berechtigt, der nicht zugleich auf einer Bestimmung des materiellen oder des Prozeßrechtes fußt, auf welche der gegebene Fall sich anwenden läßt. Ein Polizeibeamter, welcher zwar innerhalb seiner Kompetenz, aber nicht zum Vollzug eines Gesetzes einen Eingriff in die persönliche Freiheit sich erlauben oder sonst Zwang anwenden würde, würde sich daher eines Mißbrauchs der Amtsgewalt schuldig machen."

Ganz ähnlich äußert sich Risch, „Das Gesetz, die Einf. d. StGB. u. PStGB. f. d. Königreich Bayern betreffend", Erlangen 1862, S. 150: „Jedenfalls aber genügt es nicht, daß die Polizeibehörde nur überhaupt (formell) in einer gewissen Richtung Kompetenz habe, sondern den Verfügungen, welche mit der Zwangsgewalt bekleidet werden sollen, ist auch inhaltlich die Möglichkeit der Willkür genommen und eine materielle Schranke dadurch gezogen, daß Verfügungen vorausgesetzt sind „zum Vollzuge von Gesetzen", Verfügungen also, welche „in irgendeinem Gesetz oder einer landesherrlichen Verordnung eine materielle Grundlage haben, um deren Realisierung es sich handelt" (Verh. d. GGA. II, Beil. Bd. 3, S. 212). Hiermit ist denn von selbst ausgeschlossen, daß die Polizeibehörden bei ihren speziellen Verfügungen neue Normen aufstellen und gewissermaßen neue Reate erfinden."

In diesen Zeilen bei Barth und Risch kommt deutlich genug zum Ausdruck, was der Gesetzgeber bei Schaffung des Art. 21 beabsichtigte: Er wollte, auch soweit es sich nicht um die Erlassung strafbewehrter Anordnungen handelte, jenen aus der Zeit des absoluten Staates herübergenommenen Zustand endgültig beseitigen, während dessen die Polizei im Rahmen einer weitgespannten Kompetenz alles gebot und verbot, was sie für gut und notwendig hielt (oben, § 2, II). Künftig sollten die Behörden, soweit ihnen nicht ausdrückliche formellgesetzliche Ermächtigungen zu Gebote standen — und solche hat ja das PStGB. selbst in einer Fülle von Einzelfällen erteilt[6] —, nur noch dasjenige befehlen und erzwingen dürfen, was das Gesetz selbst den Untertanen zur Pflicht machte.

II. Führt so schon die Auslegung des PStGB. aus sich selbst und seiner Entstehungsgeschichte zur Ablehnung der Generalklausel, so wird dieses Ergebnis noch bekräftigt durch **allgemeine Erwägungen:**

1. Zunächst erscheint es vorteilhaft, zu untersuchen, ob auch die von Thoma ohne Rücksicht auf die Verhältnisse eines bestimmten einzelnen Staates entwickelte **Theorie eines konstitutionellen Übergangsrechts** (oben, § 2, I, 2) bei einer Anwendung auf Bayern zu dem Schluß führt, daß nach Inkrafttreten des PStGB. eine „Basierung polizeilicher Maßnahmen auf die allgemeine (aus dem Polizeistaat herübergenommene) Rechtsstellung der Behörden" (Thoma, S. 269/70) nicht mehr in Betracht kommen kann.[7])

Thoma hat, in der richtigen Erkenntnis, daß ein Fortbestehen polizeistaatlicher Machtbefugnisse der Behörden mit den Prinzipien des Rechtsstaats auf die Dauer schlechthin nicht zu vereinen war, die Beendigung des Übergangsstadiums so früh, als nur irgend praktisch möglich, angesetzt.

[6]) Charakteristisch ist dabei, daß es der Gesetzgeber in verschiedenen Fällen für nötig erachtet hat, die Polizei zum Einschreiten gegen nicht strafbare Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung speziell und ausdrücklich zu ermächtigen (vgl. etwa die Art. 19, 55, 80, II; 83, III). Derartiges hätte er sich zweifellos sparen können, wenn er die angebliche Generalklausel tatsächlich hätte unberührt lassen wollen.

[7]) Eichner hat, trotzdem er sich auf S. 28, Anm. 8 ausdrücklich auf die Thomasche Theorie beruft, eine solche Prüfung nicht für nötig erachtet.

Er führt auf Seite 113 aus: „Ausschlaggebend ist immer erst die Erlassung eines formellen Gesetzes, welches auf dem fraglichen Rechtsgebiet wenigstens insoweit klare Ermächtigungen schafft, daß der Regierung die praktisch unentbehrlichen Befugnisse zukommen. Von da an können auf diesem Rechtsgebiet alte Gewohnheit und alte Ermächtigung nicht mehr als zureichende Rechtsgrundlage für polizeiliche Eingriffe angesehen werden, selbst, wenn ihnen das neue Gesetz nach allgemeinen Grundsätzen nicht derogiert."

Prüfen wir in dieser Hinsicht die konkreten bayrischen Verhältnisse, so kann es m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß das Polizeistrafgesetzbuch (in Verbindung mit anderen konstitutionellen Gesetzen, insbes. Art. 102 AG. z. StPO.) den Behörden die „praktisch unentbehrlichen Befugnisse" auf dem Gebiete der Sicherheitspolizei zur Verfügung gestellt hat.

Um dies richtig zu ermessen, erwäge man, daß all die einzelnen Bestimmungen des PStGB. mögen sie auch äußerlich vorwiegend in strafrechtlichem Gewande erscheinen, unter Berücksichtigung der Aufgaben und Bedürfnisse der Polizeiverwaltung erlassen sind, denen sie, soweit man es mit dem Streben nach Schonung der individuellen Freiheit für vereinbar hielt, weitestgehend zu entsprechen suchen (vgl. Edel I, S. 26). In allen Fällen, wo es im polizeilichen Interesse angezeigt erschien, gewisse Handlungen zu gebieten oder zu verbieten, hat man unter Androhung angemessener Strafen entweder im Gesetze selbst eine entsprechende Vorschrift aufgenommen oder einen Vorbehalt für die allgemeinen oder besonderen Anordnungen der Polizeibehörden gemacht.

Auf diese Weise wurde ein so reiches System polizeilicher Strafbestimmungen geschaffen, daß es — jedenfalls z. Z. der Erlassung des PStGB. — kaum eine Störung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit gab, gegen welche nicht irgend ein strafbewehrtes Gebot oder Verbot und damit die allgemeine Ermächtigung des Art. 20 (30) (später Art. 102 AG. z. StPO.) eingriff oder doch eingreifen konnte.

Für die wenigen Fälle, wo dies nicht zutraf, weil die Aufstellung einer Strafdrohung nicht möglich oder nicht zweckmäßig erschien, genügte es vollauf, wenn die Polizei auf wenige zum Teil im PStGB. selbst enthaltene spezielle Ermächtigungen verwies (vgl. Art. 19, 55, 80 II PStGB.)[8]). Thoma selbst hat eine solche Regelung für das Gebiet der Abwehr nicht strafbarer Ordnungswidrigkeiten als genügend und sogar wünschenswert bezeichnet (S. 77 und 293, Anm. 2 a. a. O.).[9])

Nach obigen Ausführungen rechtfertigt sich denn durchaus die von Edel (I, 177) gemachte Bemerkung: „Bei der im Gesetzbuche erstrebten Vollständigkeit und bei der Vorsicht, mit der man Ergänzungsvorschriften zugelassen hat, ist es kaum zu erwarten, daß auf längere Zeit hinaus sich ein praktisches Bedürfnis für

---

[8]) Wenn Eichner (S. 22) darauf hinweist, daß „unter jetzigen Verhältnissen" gelegentlich — er gibt selbst auf S. 41 zu, daß dies seltene Ausnahmefälle sind — das Bedürfnis nach einer allgemeinen Ermächtigung der Polizei zum Einschreiten gegen nicht strafbare Ordnungswidrigkeiten hervortritt, so kann dies doch keinesfalls für die Entscheidung der Frage maßgebend sein, ob ein vor 70 Jahren ergangenes Gesetz damals den Behörden die „praktisch unentbehrlichen Befugnisse" verliehen und damit der „Übergangszeit" im Sinne Thomas ein Ende bereitet hat.

[9]) Auf S. 293, Anm. 2 führt Thoma aus, der badische Gesetzgeber sei durch Aufstellung einer generellen Ermächtigung zur Abwehr nicht strafbarer Ordnungswidrigkeiten (bad. PStGB., Art. 30, I) zu weit gegangen. Thoma fährt sodann fort: „Es läßt sich die Ansicht vertreten, daß die Polizeibehörden nur für die Zwecke der mittelbaren Prävention strafbarer Handlungen einer generellen Ermächtigung bedürfen, während der Verhinderung und Beseitigung ordnungswidriger Zustände durch geeignete, nach Zweck und Inhalt begrenzte Verfügungsermächtigungen für wenige, besonders wichtige Lebensgebiete Genüge geschehen könnte."

die Polizeiverwaltung herausstellen werde, das nicht durch das Gesetzbuch oder an der Hand desselben befriedigt werden kann.[10])

Hat aber demnach das PStGB. den Behörden „die praktisch unentbehrlichen Befugnisse" in einem, jedenfalls für die Zeit von 1861 ausreichenden Maße zugewiesen, so kann nach Inkrafttreten des Gesetzes, auch nach der Thomaschen Theorie für eine auf Übergangsrecht beruhende allgemeine Ermächtigung der Polizei kein Raum mehr sein. Und dies ist ganz offensichtlich auch die Meinung Thomas selbst, der sich mit bayerischen Verhältnissen auf das Eingehendste befaßt hat: Er sagt auf Seite 77 und 253 ausdrücklich, daß in Bayern eine generelle Ermächtigung der Polizei zur Abwehr nicht strafbarer Störungen von Sicherheit und Ordnung nicht bestehe[11]) und betont auf Seite 261 gerade für das Gebiet der unbewehrten Verfügungen, der Grundsatz der Spezialität bleibe hier „intakt".

2. Eine weitere, wirksame Stütze findet die hier vorgetragene Auffassung an den **Grundsätzen des Rechtsstaates**, von denen die Gesetzgebung der Jahre 1859—61 in weitestem Maße durchdrungen war.

Wie Thoma, S. 75 ausführt, ist der Rechtsstaat „ein politisches Ideal. Das Ideal wäre erreicht in einem Verfassungsstaat, dessen Gesetzgebung es gelungen wäre, die gesamte Staatsverwaltung in gleich vollkommener Weise der Herrschaft des Rechts zu unterwerfen, wie dies bei der Justiz geschehen ist."

Nun wird sich dies freilich praktisch niemals vollkommen durchführen lassen. Vielmehr wird die Gesetzgebung stets „mit Rücksicht auf die nie zu übersehende Mannigfaltigkeit des Lebens" gezwungen sein, Lücken zu lassen, welche die Verwaltungsbehörden durch ihre Anordnungen auszufüllen haben (vgl. Thoma, S. 76; Kitzinger, S. 111/12).

Die hiezu notwendigen Befugnisse hat man in einer Reihe von Staaten durch eine sog. Generalklausel zur Verfügung gestellt, auf Grund deren die Behörde alles vorkehren darf, was sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Sittlichkeit usw. für nötig erachtet.

Den Anforderungen des Rechtsstaats entspricht ein solches System nicht; denn jene allgemeine Ermächtigung ist so umfassend und die Grenzen, welche sie behördlichem Wirken zieht, sind so unbestimmt, daß eine mit ihr ausgerüstete Polizei dem Gesetzgeber fast ebenbürtig an die Seite tritt: Steht es ihr doch frei, auf allen Lebensgebieten an Hand der vieldeutigen und niemals scharf zu umgrenzenden Begriffe: „Sicherheit", „Ordnung", „Sittlichkeit" usw. nach eigenem Gutdünken die Schranken zu vermehren, welche der Gesetzgeber im Interesse des Gemeinwohls der individuellen Freiheit gezogen hat. Aus diesem Gedanken heraus sagt Kitzinger, S. 114, der Rechtszustand, wie er in einer Reihe deutscher Staaten bestehe, sei „unverträglich mit den Grundsätzen des Rechtsstaates, weil er eine befehlende Polizeigewalt neben und über die gesetzgebende Gewalt stellt".[12])

Die Forderung des Rechtsstaats geht deshalb dahin, daß den Verwaltungs-

---

[10]) Die Praxis ist auch tatsächlich mit den ihr durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Befugnissen ausgekommen. Darüber unten, III, 1.

[11]) Thoma, S. 253: „Vor allem fehlt es (in Bayern, d. Verf.) an einer Generalermächtigung, wie sie in Preußen und Baden besteht".

[12]) Das ist es auch offensichtlich gewesen, was Edel I (S. 13, 170—178) zum Ausdruck bringen wollte, wenn er im Anschluß an die Landtagsverhandlungen ausführt, die Gesetzgebung von 1861 habe den Zweck verfolgt, zu verhindern, daß sich die Polizei „zum Gesetzgeber auswerfe". — Gute Beispiele dafür, wie sehr es eine allgemeine Ermächtigung in dem angegebenen Sinne erschwert, der Polizeigewalt — abgesehen von der Grenze gegenüber der Wohlfahrtspflege — irgendwelche bestimmte Schranken zu ziehen, bringt Kitzinger, S. 108ff.

behörden nur auf einzelnen, eng umschriebenen Gebieten, eventuell sogar unter Regelung der zulässigen Maßnahmen, ein Anordnungsrecht verliehen und so einem Mißbrauch vorgebeugt werde. Dies ist das rechtsstaatliche „Postulat der **Spezialdelegation** (Fleiner, S. 247, Anm. 35, und S. 396; Kitzinger, S. 112).[13])

Der bayrische Gesetzgeber von 1861, der ja den Zweck verfolgte, „Bayern aus der Sphäre des Polizeistaats in diejenige des Rechtsstaats hinüberzuleiten (Barth, Bl. f. adm. Pr. 1862, S. 274), hat diesen Grundsatz klar erkannt und bewußt verwirklicht. Das zeigt deutlich Edel, II (1872) S. 51: Nach einem Hinweis auf die, in anderen Staaten bestehenden Generalermächtigungen ist dort gesagt: „Dagegen hat es die bayrische Gesetzgebung zu vermeiden gesucht, die Verwaltung durch eine zu allgemeine Vollmacht in die Versuchung zu führen, ohne Not in das Gebiet der persönlichen Freiheit und den ungestörten Gebrauch der Privatrechte einzugreifen. Die Gesetzgebung von 1861 hat den Weg der möglichsten Spezialisierung eingeschlagen, sie hat die Mühe nicht gescheut, die verschiedenen Gebiete der Polizeiverwaltung zu verfolgen und überall, wo es zweckmäßig schien, unter genauer Bezeichnung des Gegenstandes das polizeiliche Anordnungsrecht speziell zu begründen und zu begrenzen." (Ganz ähnlich Edel I, S. 174 und Thoma S. 242, wo es heißt, im Verfügungsrecht sei, ähnlich wie im Verordnungsrecht die Einführung des Spezialitätsprinzips „originale Tat des bayer. Gesetzgebers").

Betrachtet man nun die Regelung näher, welche der Gesetzgeber dem polizeilichen Anordnungsrechte gegeben hat, so wird man finden, daß Ermächtigungen zu Verfügungen bei weitem nicht so häufig sind, als jene zu Verordnungen. Auch dies hat seinen Grund in einem rechtsstaatlichen Prinzip, nämlich demjenigen des **„Vorrangs der Verordnung vor der Verfügung"** (Thoma S. 74ff.; O. Mayer, 1. Aufl. I 274). Es besagt:

Die Akte des freien Verwaltungsermessens sind möglichst auf verordnungsmäßiges Vorgehen zu beschränken, weil dieses gleiches Recht für alle schafft, während die Verfügung stets die Gefahr ungleicher Behandlung der einzelnen Untertanen mit sich bringt.

Den Schöpfern des bayer. PStGB. war dieser Grundsatz ebenso geläufig, wie derjenige der Spezial-Delegation:

So wurde in den Landtagsverhandlungen 1859/61 (Beil. Bd. II, S. 331; III, 374; Edel I, S. 182) eine vorgeschlagene Bestimmung des Inhalts, daß jede Verordnungs-Delegation zugleich zu Verfügungen ermächtigen sollte, mit folgender Begründung abgelehnt: „Dagegen wäre es höchst bedenklich, wenn ein solcher Artikel der Polizei Gelegenheit gewähren würde, durch Spezialverfügungen, die sie bei gleichen Voraussetzungen an verschiedene Personen in verschiedenem Sinne erläßt, eine Rechtsungleichheit herbeizuführen".

Es steht somit in vollem Einklang mit der Auffassung der gesetzgebenden Faktoren, wenn Thoma S. 253 sagt: „das rechtsstaatliche Prinzip des Vorrangs der Verordnung vor der Verfügung hat im bayerischen Recht insoweit seine Verwirklichung erfahren, als — von wenigen Ausnahmen abgesehen — das Gesetz nur Verordnungsdelegationen erteilt".

---

[13]) Der Reichsgesetzgebung liegt dieses System durchweg zugrunde, vgl. etwa § 360, Z. 2, 10, § 361, Z. 6, § 367, Z. 13, 14 RStGB.; §§ 11, IV, 15, II, 35, I, 51, 53, I, II, 53a, 56, IV, 58, 60b, II, III, 60c, 66, II, 120d, 120f, II, 147, III, IV RGewO.

Die vorstehenden Darlegungen haben bewiesen, daß bei Schaffung des PStGB. für die Ausgestaltung polizeilicher Machtbefugnisse in weitestem Umfange rechtsstaatliche Gesichtspunkte maßgebend waren; daß diese auf dem Gebiet der **unbewehrten** Maßnahmen in ganz gleicher Weise gelten mußten, wie auf demjenigen der bewehrten, kann nicht zweifelhaft sein; denn die Gefahren, welchen die Grundsätze der Spezialität und des Vorrangs der Verordnung vor der Verfügung entgegenwirken sollen, sind dort genau so groß wie hier: Auch, soweit die polizeilichen Aktionen unbewehrte sind, müßte eine zu allgemeine Vollmacht die Gefahr unnötiger Eingriffe und ungleicher Behandlung der Untertanen notwendig mit sich bringen; daß hier eine Strafdrohung fehlt, kann keinen Unterschied begründen, wenn man bedenkt, „daß es für die Schwere eines polizeilichen Eingriffs wenig ausmacht, ob der Gehorsam durch Strafe oder im Wege des Verwaltungszwangs erzwungen werden kann (Thoma, S. 293). Dieser Einsicht haben sich denn auch die Schöpfer des PStGB. keineswegs verschlossen. Zum Beweise hiefür mögen die Äußerungen dreier Männer dienen, die sämtlich bei Schaffung des Gesetzes in hervorragender Weise beteiligt gewesen sind:

Weis, der Referent des GesetzgebAussch. d. K. d. Abg. für das Strafgesetzbuch und das EinfG., führt in seinem Komm. z. StGB. (Nördlingen 1865), Bd. 2, S. 356 zu Art. 28—30 EinfG. erläuternd aus: „Der durch das PStGB. angestrebte Zweck würde nur höchst unvollständig erreicht worden sein, wenn den Polizeibehörden die uneingeschränkte Befugnis belassen worden wäre, wegen aller nicht mit gesetzlicher Strafe bedrohten Handlungen und Unterlassungen beliebig mit sog. Ordnungsstrafen oder sonstigem polizeilichem Zwang einzuschreiten“.

Übereinstimmend äußert sich Barth, der gleichfalls an führender Stelle bei Entstehung des PStGB. mitgewirkt hat (Bl. f. adm. Pr. 1862, S. 275): „Denn mit der Herstellung eines PStGB. wäre nicht geholfen gewesen, wenn die Polizeibehörde alle ihr anstößigen Handlungen und Unterlassungen, welche mit gesetzlicher Strafe nicht bedroht sind, gleichwohl beliebig durch direkten Zwang oder sog. Ordnungsstrafen nach wie vor hätte reprimieren können, ohne daß auch hier eine gesetzliche Schranke gezogen wäre.“

Und Edel, der Referent des GesAussch. für das PStGB., nach Seydel „der geistige Vater des geltenden bayrischen Polizeirechts“, sagt in seinem Kommentar z. PStGB. (1862), S. 20, die Gesetzgebung von 1861 sei von dem Gedanken durchdrungen gewesen, „daß den Gebrechen des bisherigen Zustandes nur durch ein allgemeines Gesetzbuch abgeholfen werden könne, welches . . . . eine richtige Grenzlinie zwischen dem Erlaubten und jener Handlungsweise zieht, die polizeilich verboten ist und verboten werden kann“ (NB: nicht nur zwischen dem Strafbaren und dem nicht Strafbaren! d. Verf.)

Wollte man also annehmen, daß das PStGB. lediglich die strafbewehrte Seite polizeilichen Anordnungsrechts nach dem Grundsatz der Spezialdelegation abschließend geregelt, im übrigen aber — von Einzelbestimmungen abgesehen — die weitgehenden Befugnisse der Behörden unberührt gelassen habe, so würde man sich dadurch in schärfsten Widerspruch mit den klaren rechtsstaatlichen Anschauungen der gesetzgebenden Faktoren setzen.

Selbst wenn aber bei der Beratung des PStGB. die Prinzipien der Spezialität und des Vorrangs der Verordnung vor der Verfügung nicht so deutlich hervorgetreten wären, müßte m. E. doch derjenigen Auslegung des Gesetzes der

Vorzug gegeben werden, welche mit den Grundsätzen des Rechtsstaates im Einklang steht. Ist doch jedes Gesetz zunächst und vor allem aus dem Geiste und systematischen Zusammenhang derjenigen Verfassung zu beurteilen und auszulegen, unter deren Herrschaft es ergangen ist (Wintrich, bayr. VerwBl. 1928, S. 182). Sind aber hienach rechtsstaatliche Gesichtspunkte für die Auslegung des PStGB. maßgebend, so muß, wenn Zweifel über seine Bedeutung bestehen bleiben, unbedingt zugunsten der „Freiheit der Bürger vom staatlichen Zwange" entschieden werden; denn im Rechtsstaat streitet hiefür die Vermutung (Fleiner, S. 131). Daß auch diese Erwägung zur Ablehnung der Generalklausel führt, bedarf nach dem Vorangegangenen keiner weiteren Erörterung. Besonders zu würdigen bleibt aber noch der bisher nicht erwähnte, geradezu unerträgliche Widerspruch mit rechtsstaatlichen Prinzipien, der bei Annahme einer allgemeinen Ermächtigung der bayrischen Polizei aus dem Fehlen jedes wirksamen Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte folgen würde. Hierauf wird unten, § 5, näher eingegangen werden.

III. Das Ergebnis, welches bisher aus dem Gesetze selbst und allgemeinen Erwägungen abgeleitet wurde, finden wir — und das ist vielleicht der beste Beweis für seine Richtigkeit — bestätigt durch die Auffassung, welche **Wissenschaft und Praxis** nach dem Inkrafttreten des PStGB. über dessen Bedeutung an den Tag gelegt haben:

1. Was zunächst die Verwaltungspraxis anbelangt, so ist die Voraussage Edels in Erfüllung gegangen, es sei kaum zu erwarten, daß auf längere Zeit hinaus sich ein praktisches Bedürfnis für die Polizeiverwaltung herausstellen werde, welches nicht durch das Gesetz oder an Hand desselben befriedigt werden könne.

Die Polizeibehörden haben sich mit den ihnen durch das PStGB. verliehenen und später durch die rechtsstaatliche Umdeutung des Art. 102 AG. StPO. (oben, § 3, Anm. 2) noch erweiterten Befugnissen abgefunden und darüber hinausgehende nicht in Anspruch genommen, sichtlich in der Meinung, daß solches weder im Sinne des Gesetzgebers liege, noch auch tatsächlich notwendig sei. So konnte Edel im Jahre 1872 bei einem Rückblick auf eine zehnjährige Geltung des PStGB. sagen (Edel II, S. 1):

„Das PStGB. hat sich in der Praxis eingelebt und im großen und ganzen seinen Zweck erfüllt. Es hat der Polizeiverwaltung und dem Polizeistrafrechte einen gesetzlichen Boden gewonnen .... Die Polizeibehörden haben sich gewöhnt, mit gesetzlich beschränkten Mitteln ihre Ziele zu verfolgen und zu erreichen."

Kitzinger (S. 113) führt Bayern geradezu als Musterbeispiel dafür an, „daß eine Polizei, die nur auf den ihr gesetzlich übertragenen besonderen Gebieten ein Anordnungsrecht besitzt und darüber hinaus nur das im Gesetz selbst Befohlene gebieten und erzwingen darf, für die Bedürfnisse des Staates und der Gesellschaft genügt." Er hebt ausdrücklich hervor, daß „die tatsächliche Übung der gesetzlichen Regelung" nicht widerspreche (S. 114; dieses Zeugnis Kitzingers ist um so wertvoller, als er einer Generalermächtigung der Polizei, wie sie Preußen besitzt, besonders kritisch gegenüberstand — vgl. insbes. S. 101ff. —).

Endlich erkennt auch Eichner (S. 3; vgl. auch bay. Gem. u. VerwZ. 1928, S. 3) an, die Verwaltungspraxis habe sich „angewöhnt, mehr und mehr ihre Handlungen ausdrücklich auf den Art. 102 AG. StPO. zu stützen".

Eine allgemeine Vollmacht zum Vorgehen gegen nicht strafbare Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nehmen

also die bayrischen Polizeibehörden (abgesehen vom Staatsmin. d. Inn.) offenbar nicht in Anspruch.

2. Gleiches gilt von der Rechtsprechung: Diese kommt ja im Hinblick auf das System der bayrischen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur selten in die Lage, über Polizeifragen zu entscheiden. Immerhin ist bemerkenswert, daß, während Art. 102 AG. StPO. und die sonstigen formellgesetzlichen Ermächtigungen wenigstens gelegentlich erwähnt sind (vgl. etwa ObLG. 16, S. 53), sich für eine weitergehende Generalklausel nirgends irgendwelche Andeutungen finden (vgl. Eichner, S. 23).

3. Besonders kennzeichnend ist die Stellungnahme der Theorie:

Vorerst sei hier auf die bereits oben, vor I erwähnte Stelle bei Edel (I, 149) eingegangen, welche die Hauptstütze für die Ansicht Eichners bildet.

Dort ist angeführt, es habe nicht in der Aufgabe der Polizeistrafgesetzgebung gelegen, „das Detail aller zulässigen Polizeimaßregeln erschöpfend darzustellen"; es sei von keiner Seite beabsichtigt gewesen, „der Polizeiverwaltung die Mittel zu entziehen, deren sie zur wirksamen Erfüllung ihrer Aufgabe bedarf". Daß zu diesen „Mitteln" nach Ansicht Edels und des Gesetzgebers ganz allgemein jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum gehörte, den die Abwehr nicht strafbarer Störungen von Sicherheit und Ordnung nötig macht, ist hier jedenfalls nicht ausdrücklich gesagt. Und dies war auch nicht gemeint.

Woran Edel dachte, als er jene Stelle schrieb, geht ohne weiteres daraus hervor, daß er im unmittelbaren Anschluß an sie fortfährt: „So erkennt der Art.30, Abs. I (= jetzt 20, Abs. I, d. Verf.) das Recht der zuständigen Polizeibehörden unumwunden an, in allen mit Strafe bedrohten Fällen die durch die Notwendigkeit gebotenen vorläufigen Einschreitungen vorzukehren". In diesem Punkt, der für die Polizeiverwaltung zweifellos von größter Wichtigkeit ist, hat ja auch das PStGB. tatsächlich nicht „das Detail aller zulässigen Polizeimaßregeln" erschöpfend dargestellt, sondern eine allgemeine Ermächtigung erteilt, welche über die zu treffenden Vorkehrungen nichts näheres aussagte (vgl. Verh. d. K. d. Abg. 1859/61, GesetzgebAussch., Beil. Bd. 3, S. 212 und Edel I, S. 154, wo es heißt: „Bestimmte Arten der polizeilichen Einschreitungsmaßregeln wurden mit Absicht nicht genannt, weil es nicht tunlich schien, alle Arten der polizeilichen Präventiv- und Repressivmittel, welche zum Teil rein faktischer Natur sind, gesetzlich zu spezialisieren"). Daß dagegen den Polizeibehörden nach Erlassung des PStGB. ein auf vorkonstitutionellen Normen beruhendes allgemeines Befehls- und Zwangsrecht zur Abwehr jeder nicht strafbaren Störung von Sicherheit und Ordnung verblieben sei, läßt sich aus den Bemerkungen Edels auf keinen Fall herauslesen. Vielmehr ergibt das Gegenteil die bereits oben, II, 2 zitierte Stelle, wo Edel ganz unverhohlen und ohne jede Beschränkung ausgesprochen hat, daß die Aufstellung einer allgemeinen Ermächtigung bewußt vermieden wurde, um den von ihr drohenden Gefahren vorzubeugen.

Dieser Auffassung hat sich denn auch die Literatur in der Folgezeit durchweg angeschlossen.

Vor allem ist hier die Stellungnahme des erstmals 1884 erschienenen, grundlegenden Werkes über bayrisches Staats- und Verwaltungsrecht von Max von Seydel zu würdigen. In dem Abschnitt: Allgemeines Polizeirecht, § 287: Wesen und Äußerungsformen der Polizeigewalt, heißt es (2. Aufl., S. 4): „Schon früher wurde hervorgehoben, daß das staatliche Befehls- und Zwangsrecht nur auf dem Gebiete der Landesverwaltung im Polizeirecht als geschlossenes Rechtssystem auftritt. Die hierüber geltenden Bestimmungen sind im Polizeistrafgesetzbuche vom 26. Dezember 1871 getroffen." Im Folgenden

erörtert dann Seydel die einschlägigen Vorschriften des PStGB. auf das Eingehendste. Daß daneben noch vorkonstitutionelle Normen als Quelle weitreichender polizeilicher Machtbefugnisse in Betracht kommen sollen, wird nicht mit einem einzigen Wort erwähnt. Wenn aber schon ein Werk, das im Hinblick auf die überragende Autorität seines Verfassers als „die klassische Darstellung des bayrischen Verwaltungsrechts" (Rothenbücher a.a.O. S. 216) bezeichnet werden muß, von der angeblichen Generalklausel nicht das Geringste zu berichten weiß[14]), so kann unmöglich angenommen werden, daß dieselbe nach 1861 im bayrischen Recht bestanden hat.

Hiefür bietet auch das übrige Schrifttum bis zum Erscheinen des Eichnerschen Buches keinerlei Anhaltspunkte.

Das 1884—1886 verfaßte bayrische Staatsrecht von Vogel spricht sich nirgends für das Vorhandensein einer auf vorkonstitutionellen Normen beruhenden allgemeinen Ermächtigung der bayerischen Polizei aus.

Thoma hebt, wie bereits erwähnt, auf S. 77 und 253 ausdrücklich hervor, daß in Bayern eine ähnliche Generalklausel wie in Preußen oder Baden nicht besteht.

Kitzinger lehnt auf S. 113, Anm. 1 die nunmehr von Eichner vertretene Meinung, daß das PStGB. nur das strafbewehrte Anordnungsrecht der Polizei abschließend geregelt habe, entschieden ab.

Gerstle, S. 722 bezeichnet die „partielle Generalklausel" des Art. 102 AG. StPO., 20 PStGB. als einzige Durchbrechung des Spezialitätsprinzips im bayrischen Polizeirecht.

Schiedermair, PStGB., Art. 21, Anm. 5 verlangt für jeden Fall, wo die Polizei „zur Überwindung eines widerstehenden Willens durch gewisse Mittel" tätig wird, eine spezielle gesetzliche Ermächtigung.

Rothenbücher, S. 216 a. a. O., führt aus, „das Recht der Polizei zu weiteren (d. h. nicht in das Gebiet des Art. 102 AG. StPO. fallenden) vorbeugenden Maßnahmen" sei „im bayrischen Rechte durch sondergesetzliche Bestimmungen, die im wesentlichen im Polizeistrafgesetzbuch enthalten sind, geregelt"

Nawiasky, bayr. VerwBl. 1926, S. 388 stellt dem in Preußen herrschenden System der Generalklausel das bayrische der Spezialdelegation gegenüber.

Wintrich, bayr. VerwBl. 1928, S. 181ff. hat, wie schon hervorgehoben, gegen die Eichnersche Theorie grundsätzlich Bedenken geäußert.

Endlich vertreten auch die beiden Kommentare zur neuen GemO. von Woerner und Stenger-Stöhsel die Ansicht, daß in Bayern eine allgemeine Ermächtigung der Behörden zu sicherheitspolizeilichen Maßnahmen nicht bestehe (vgl. unten, § 6 a. E.).

Der vorstehende kurze Überblick über die Haltung, die Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Theorie seit 1861 eingenommen haben, läßt ohne weiteres erkennen, daß die Lehre von der Generalklausel mit einer mehr als fünfzigjährigen, durchaus einheitlichen und geschlossenen Entwicklung des bayrischen Polizeirechtes in Widerspruch steht. Wenn Eichner, der für seine Auffassung — von der genannten, keineswegs eindeutigen Stelle bei Edel abgesehen — aus der ganzen langen Zeit von 1861 bis 1927 nicht einen einzigen Beleg im Schrifttum nachzuweisen vermag, an dieser Entwicklung einfach vorübergeht und Zustände wieder einführen will, wie sie in einer längst überwundenen Epoche staatlichen Lebens herrschten, so dürfte darin einer der schwersten Fehler seiner Theorie liegen.

[14]) Auf die von Eichner vollkommen mißverstandene Lehre Seydels über das Zwangsrecht der Verwaltung wird unten, § 6 a. E. eingegangen werden

§ 4. Das Gemeinderecht von 1869.

An dem Rechtszustand, wie er durch das Polizeistrafgesetzbuch geschaffen worden war, hat die Gesetzgebung des Jahres 1869 nichts geändert:

I. Was die **Polizeiverwaltung in den Städten** betrifft, so verwies Art. 92 rr. GemO. die Magistrate lediglich auf die „Handhabung und den Vollzug" der einschlägigen Vorschriften. Das war eine reine Zuständigkeitsbestimmung, die über den materiellen Inhalt der Polizeigewalt gar nichts aussagte.

Beachtenswert ist aber, daß in der Gesetzgebung von 1869 die im alten Gemeinderecht (GemEd. v. 1818/34, § 69, VO. v. 15. Sept. 1818, § 2) enthaltenen Verweisungen auf die Instruktion f. d. PolDir. nicht wiederkehrten.

Nach der Auffassung Eichners beruhte dies lediglich auf einem „Versehen des Gesetzgebers", das einem Weitergelten der Instruktion nach 1869 nicht im Wege stand; vielmehr habe man die Instruktion unter den in Art. 92 genannten Vorschriften mit verstanden wissen wollen (vgl. Eichner, S. 12ff.).

Ist nun diese Ansicht haltbar?

Daß die Verweisung gerade aus Unachtsamkeit unterlassen worden sei, ist eine willkürliche Annahme. Mindestens eben so gut kann der Gesetzgeber der Meinung gewesen sein, daß der Instruktion, die ein halbes Jahrhundert hindurch den Polizeibehörden, wenn auch nicht als Grundlage (oben, § 1, II), so doch als Richtlinie ihres Vorgehens gedient hatte, im Hinblick auf die erschöpfende, im PStGB. und EinfG. enthaltene Regelung polizeilicher Tätigkeit keinerlei rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit mehr zukomme.[1]) Wie Eichner selbst (S. 12) anerkennt, lassen sich weder aus dem Entwurfe zur GemO. noch aus dem Vortrag des Abgeordneten Edel (Verh. d. bes. A. 1866/69, Beil. Bd., I. Abt. S. 1 bzw. 101ff.) Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß eine Weitergeltung der Instruktion im Sinne des Gesetzgebers lag. Der Umstand, daß an den materiellen Befugnissen der Polizei geändert werden wollte (Eichner S. 12), besagt gar nichts, weil diese Änderung eben schon im Jahre 1861 eingetreten war.

Selbst wenn man aber annehmen wollte, die Instruktion sei durch die Gesetzgebung von 1861 unberührt geblieben, so müßte sie doch 1869 ihre Gültigkeit verloren haben; denn die Rechtslage war folgende:

Die Instruktion war ursprünglich gegeben für die Polizeidirektionen. Mit dem 1818 erfolgten Wegfall dieser Behörden hätte sie eigentlich als gegenstandslos außer Kraft treten müssen (vgl. Weber I, S. 237). Tatsächlich war dies

---

[1]) Man beachte, daß fast sämtliche, in der Instr. f. d. PolDir. behandelten Materien im PSt.-GB. eine neue Regelung erfahren haben; insbes. trifft dies für das Gebiet der „öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit" zu. Vgl. in letzterer Hinsicht vor allem das 2. Hauptstück der III. Abt., dessen Überschrift lautet: „Übertretungen in bezug auf die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit". — Daß das PStGB. im wesentlichen nur Straf-Bestimmungen enthält, tut seiner kodifikatorischen Bedeutung keinen Eintrag. Vgl. dazu Risch, EinfG. z. StGB. und PStGB. v. 1861, S. 157: „Diese Abrogation (älterer Verordnungen durch konstitutionelle Gesetze, d. Verf.) braucht jedoch nicht gerade eine ausdrückliche zu sein, sondern sie ist auch dann als (stillschweigend) geschehen anzusehen, wenn der Inhalt der früheren Verordnung später Gegenstand einer eingehenden neuen gesetzlichen (oder verordnungsmäßigen) Regelung geworden ist. So abrogiert der Art. 2 des EinfGes. ausdrücklich nur „alle dermalen geltenden Bestimmungen, deren Übertretung mit Strafe bedroht ist" (soweit sie nicht formell in Kraft erhalten worden sind). Diese Abrogation bloß für sich allein würde also jene Verordnungen, welche Strafsanktionen nicht enthalten, selbst dann unberührt lassen, wenn der Gegenstand derselben im Polizeistrafgesetzbuch eingehend behandelt und deshalb eine Verweisung auf Verordnungen nicht in demselben enthalten wäre. Gleichwohl kann auch nicht der mindeste Zweifel bestehen, daß in solchem Falle die ältere Verordnung durch das neuere Gesetz aufgehoben und von einer Befugnis der Polizeibehörden, jene Verordnung fernerhin mittels Anwendung von Ungehorsamsstrafen oder sonstigen administrativen Zwangsmitteln in Ausführung zu bringen, schlechthin nicht die Rede ist (GGA. II, Beil. Bd. III, S. 234)."

nicht der Fall, weil die Vorschrift durch die oben genannten Bestimmungen für die Stadtmagistrate und die Polizeidirektion München ausdrücklich als weiterhin anwendbar erklärt wurde. Die Instruktion galt deshalb auch nach 1818 fort, aber — wohl gemerkt — nicht ipso jure, sondern nur auf Grund jener Verweisungen. Letztere blieben wirksam bis 1869. In diesem Jahre wurden sie mit dem gesamten alten Gemeinderecht kraftlos. Die neuen Gesetze haben sie nicht wieder aufgenommen.

Als Folgerung hieraus ergibt sich, daß die Instruktion für d. PolDir. spätestens 1869 mit den Verweisungen, auf welchen sie ruhte, ihre Gültigkeit verloren hat und somit schon aus diesem Grund — ganz abgesehen von ihrem rechtlichen Charakter (oben § 1, II) — in der Gegenwart als Grundlage der Polizeiverwaltung in den Städten **nicht** mehr in Betracht kommen kann.

II. Für die **Landgemeinden** enthielt Art. 138 III rr. GemO. (= 71 III pf.) die Bestimmung, der Bürgermeister habe „für die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Ruhe und Sittlichkeit zu sorgen ...." Eichner hat diese Vorschrift dahin ausgelegt, daß durch sie zugleich mit der Aufgabe eine Ermächtigung zu all den Eingriffen in die Rechtssphäre des Untertans erteilt worden sei, welche die Erfüllung jener Aufgabe notwendig machte (vgl. Eichner, S. 12, 27).

Daß diese Ansicht nicht zutreffen kann, ergibt sich schon aus dem Gesetze selbst:

Zunächst ist — ähnlich wie in den Formationsverordnungen, oben § 1, II — auch in dem Gemeinderecht von 1869 der zusammenfassende Ausdruck „Wirkungskreis" (des Magistrats, des Gemeindeausschusses) gewählt worden, welcher deutlich darauf hinweist, daß es sich bei den einzelnen Bestimmungen des durch ihn bezeichneten Abschnitts lediglich um Zuständigkeitsabgrenzungen handelt.

Der Wortlaut des Art. 138 bestätigt dies:

In Abs. 1 hat man bestimmt: „Die Handhabung der Ortspolizei ist dem Bürgermeister allein übertragen. Hienach steht demselben der Vollzug der die Polizeiverwaltung betreffenden Gesetze, gesetzlich erlassenen Verordnungen, polizeilichen Vorschriften .... im Gemeindebezirke zu ....."

Damit ist, in fast wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 92, Abs. 1, das Prinzip aufgestellt worden, daß der Bürgermeister zur Handhabung der Ortspolizei zuständig sein, der materielle Inhalt der Polizeigewalt aber sich aus den einschlägigen Vorschriften bestimmen sollte.

Die in Abs. 2ff. gegebene Aufzählung hatte, wie aus dem Wort „insbesondere" erhellt, nur den Zweck, den in Abs. 1 enthaltenen Grundsatz näher zu erläutern, d. h. beispielsweise die wichtigsten Zuständigkeiten des Bürgermeisters anzuführen, über materielle Befugnisse sagte sie nicht das Geringste aus.

Das hat das Gesetz selbst deutlich genug zu erkennen gegeben, wenn es z. B. in Abs. 4 sagt, der Bürgermeister habe „bei Verletzung der Strafgesetze die zur Ermöglichung und Sicherung der gerichtlichen Einschreitung zulässigen vorläufigen Maßregeln .... vorzukehren .... sowie in allen Fällen, in welchen die Festnahme einer Person zulässig und veranlaßt erscheint, die Festnahme zu bewirken."

Im übrigen spricht für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht neben dem, fast wörtlichen Gleichlaut des Art. 138 III mit § 6 der VO. über die Zuständigkeitsausscheidung zw. PolDir. und Stadtrat München v. 2. Oktober 1869 (Weber VIII, S. 335)[2]) vor allem die Stellung des Art. 138 III im Gesetz:

[2]) Eichner, S. 13 will allerdings auch dieser Vorschrift materiell-rechtlichen Inhalt beimessen. Mit Unrecht; denn es fehlt an einer gesetzlichen Delegation, deren es im Verfassungsstaat

Es kann unmöglich angenommen werden, daß der Gesetzgeber der Polizeiverwaltung in den Landgemeinden eine allgemeine Ermächtigung von solcher Tragweite ausdrücklich zur Verfügung gestellt habe, während er gleiches bei den Städten unterließ.

Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 138 III ergibt nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß man durch diese Vorschrift materielle Befugnisse schaffen wollte. Die Beratungen befaßten sich, wie Kahr, Vorbem. z. Art. 92 ff., ausführt und auch Eichner zugibt (S. 13), überhaupt lediglich mit der Abgrenzung zwischen Bezirks- und Ortspolizei, ohne auf den Inhalt der Polizeigewalt einzugehen. Dies kommt in den Gesetzesmaterialien selbst deutlich zum Ausdruck: So heißt es z. B. in dem Entwurf z. GemO. (Beil. Bd. z. d. LandtVerh. 1867/69, I. Abt.) in Art. 86, III: „Vorbehaltlich dieser Beschränkung gehört zu den Gegenständen der Ortspolizei die gesetzlich zulässige vorläufige Einschreitung zur Verhütung strafbarer Handlungen . . . . ." (es folgt eine dem Art. 138 III fast wörtlich entsprechende Aufzählung ortspolizeilicher Aufgaben). Und in den Sitzungen des GGA. (Beil. Bd., II. Abt., S. 528) wurde ausgeführt, „eine Enumeration aller Zuständigkeiten der Ortspolizei zu geben, sei nicht möglich . . . . ." (weshalb man sich darauf beschränkte, einzelne Beispiele herauszugreifen).

Was endlich Literatur und Praxis anlangt, so haben diese, soweit Verf. zu sehen vermag, dem Art. 138 rr. GemO. (77 pf.) gleichfalls nie einen anderen Charakter beigemessen, als den einer Zuständigkeitsnorm. Man vgl. etwa die Kommentare von Kahr und Weber-Sutner, die von einem materiell-gesetzlichen Inhalt der Vorschrift kein Wort erwähnen, ferner Gerstle, S. 552, wo es heißt: „Art. 138 diess. GemO. bzw. Art. 71 pf. versuchen eine — keineswegs erschöpfende — Aufzählung ortspolizeilicher Gegenstände." Und schließlich Wintrich (bayr. VerwBl. 1928, S. 182), der ausführt, den Art. 92 und 138 rr. (71 pf.) GemO. sei von Eichner eine Deutung gegeben worden, wie sie seines Wissens „bisher in der Literatur und Praxis noch nicht vertreten worden ist."

All das Gesagte rechtfertigt die Behauptung, daß die Gemeindegesetzgebung von 1869 über den materiellen Inhalt der Polizeigewalt keinerlei Bestimmung getroffen hat und somit auch niemals die rechtliche Grundlage für irgendwelche Eingriffe der Behörden in Freiheit und Eigentum der Untertanen bilden konnte.

§ 5. Das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. August 1878.

Den Forderungen des Rechtsstaates wird damit noch nicht Genüge getan, daß man durch Erlassung „zweiseitig bindender" Gesetze eine klare Grenze zwischen dem Rechtsbereich der Staatsgewalt und demjenigen des Individuums zieht. Es muß auch eine Gewähr dafür geschaffen werden, daß diese Grenze nicht überschritten wird; denn es besteht die Gefahr, daß die Verwaltungsorgane, pflichtmäßig auf die Wahrung des öffentlichen Interesses bedacht und infolge ihrer abhängigen Stellung politischen Einflüssen ausgesetzt, sich bei Auslegung der von ihnen anzuwendenden Vorschriften gelegentlich von Gesichtspunkten

---

bedarf, wenn durch eine Verordnung Recht geschaffen werden soll. Eichner scheint anzunehmen, daß eine solche Delegation für § 6 ZustVO. deshalb nicht notwendig sei, weil derselbe nur einen bereits auf Grund der Instr. f. d. PolDir. von 1808 geltenden Rechtssatz wiederhole. Diese Meinung träfe, selbst wenn man sich der Eichnerschen Ansicht über die Instr. f. d. PolDir. anschließen wollte, nicht zu; denn im Verfassungsstaat kann eine bloße Verordnung ohne gesetzliche Grundlage nicht einmal einen bereits geltenden Rechtssatz mit selbständiger materiellrechtlicher Wirkung wiederholen.

leiten lassen, die einer objektiven und unparteiischen Rechtsverwirklichung abträglich sind.

Das hiegegen nötige Korrektiv vermag ein Instanzenzug innerhalb der Verwaltung nicht zu bilden; auch die höheren und höchsten Verwaltungsstellen sind Vertreter der öffentlichen Interessen und die von den Unterbehörden gepflogene Gesetzesauslegung wird nicht selten durch dienstliche Vorschriften und Weisungen der übergeordneten Instanz veranlaßt sein.[1])

Ein den Grundsätzen des Rechtsstaates entsprechender Schutz für die Interessen des Individuums ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Einzelne die Möglichkeit hat, die Gesetzmäßigkeit eines seine Rechte beeinträchtigenden Verwaltungsaktes durch Gerichte nachprüfen zu lassen, die öffentlichen wie privaten Interessen gleich unbeteiligt gegenüberstehen und, weil sachlich und persönlich unabhängig, gesetzesfremden Rücksichten weniger zugänglich sind. (Vgl. Fleiner, S. 237.)

Dies waren auch die leitenden Gedanken, welche zur Schaffung des bayrischen Verwaltungsgerichtsgesetzes führten. Man hat ihnen klaren Ausdruck gegeben bei den Verhandlungen über einen Regierungsentwurf, welcher nur öffentlichrechtliche Streitigkeiten der Staatsbürger unter sich der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellen wollte, während er alle Fälle, in denen Einzelne oder Korporationen ihre Rechte gegenüber Eingriffen der Staatsgewalt zu behaupten suchten — der Entwurf spricht hier von „Fragen von politischer Tragweite" — ausschloß (vgl. Beil. Bd. V zu d. LandtVerh. 1866/69, S. 436).

In dem Bericht des Referenten Dr. Brater vom 12. April 1869 wurde hierüber folgendes ausgeführt (s. S. 599 a. a. O.):

„Die Sonderung der Verwaltungsrechtspflege von der Verwaltung hat den doppelten Zweck, eine juristisch tüchtige und politisch unbefangene Rechtsprechung in Fragen der öffentlichen Rechtes zu gewähren. Dieser letztere Zweck wird durch die Kompetenzbeschränkungen des Entwurfes vollständig vereitelt. Denn gerade bei der Entscheidung über Rechtsfragen von „politischer Tragweite" fehlt dem Verwaltungsbeamten die politische Unbefangenheit, ist er der Versuchung ausgesetzt, administrativen Rücksichten das Recht zu opfern und macht sich das Bedürfnis einer Einrichtung fühlbar, die diese Gefahren abwendet. Indem der Entwurf derartige Entscheidungen dem Wirkungskreise der Verwaltungsgerichte entzieht und dem Instanzenzuge der Verwaltungsbehörden vorbehält, versagt er die Bürgschaften einer unbefangenen, unabhängigen Rechtsprechung in denjenigen Fällen, wo sie ein Bedürfnis wären, und gewährt jene Bürgschaften fast nur da, wo sie entbehrlich sind."

Diese Erwägungen, die 1869 die Ablehnung des oben genannten Entwurfes zur Folge hatten, errangen im Jahre 1878 den Sieg.

Der neue Regierungsentwurf (LandtVerh. 1877/78, Beil. Bd. III, S. 1ff.) besagte in seiner Begründung, als „bestrittene Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten" im Sinne des Gesetzes seien nicht bloß die sog. „Parteistreitigkeiten" anzu-

---

[1]) Vgl. hiezu das Referat von Brater, Beil. Bd. IV z. d. LandtVerh. 1866/69, S. 175, wo es heißt: „Bei den Verwaltungsstellen bildet sich in Instruktionen und Präjudizien eine Gesetzesauslegung, die nicht selten auf Kosten des Rechtes die öffentlichen Interessen oder, was dafür gilt, begünstigt. Diese Auslegung ist dann maßgebend für die Entscheidung aller einzelnen Fälle von der ersten bis aufwärts zur letzten Instanz, so daß ein wirklicher Instanzenzug, eine wiederholte Prüfung der Rechtsfrage tatsächlich nicht stattfindet. Die Deutung, die ein Minister oder Ministerialreferent dem Gesetze gegeben hat, beherrscht, so augenscheinlich ihre Unrichtigkeit und so empfindlich ihre Wirkung sein mag, die Praxis der Behörden im ganzen Land. Dieser Übelstand kann nur gehoben werden, wenn als letzte Instanz ein Gerichtshof urteilt, der an Instruktionen nicht gebunden und bei der Auslegung des Gesetzes für fremdartige Rücksichten weniger empfänglich ist."

sehen, sondern auch jene Fälle, in denen Meinungsverschiedenheiten über das Vorhandensein öffentlicher Rechte oder Pflichten zwischen Verwaltungsbehörden einerseits und Privatbeteiligten andererseits bestünden.

Dem schloß sich der Landtag an (vgl. Verh. des bes. Aussch. in Beil. Bd. III, S. 166). Zwar mußte die Aufstellung einer Generalklausel, wie man sie 1869 erhofft hatte, „aus praktischen Gründen" unterbleiben (vgl. S. 165 a. a. O.), aber es wurde bei der kasuistischen Aufzählung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeiten möglichst darauf Bedacht genommen, jene Angelegenheiten mit einzubeziehen, in denen die individuelle Freiheit eines Schutzes gegen unrechtmäßige Eingriffe der vollziehenden Gewalt in besonderem Maße bedarf. Sie hat vor allem die Fragen des Aufenthalts-, des Vereins- und Versammlungsrechts sowie des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts der verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterstellt.

Bemerkenswert ist dabei, daß man eine derartige Kontrolle bei sicherheitspolizeilichen Verfügungen und Zwangsmaßnahmen der Verwaltungsbehörden im Gesetze nicht vorgesehen (vgl. Dyroff, VerwGGes., Erg.-Bd. S. 133), ja nicht einmal bei den Beratungen irgendwie in Betracht gezogen hat.

Dies ist dann ohne weiteres verständlich, wenn man, wie Verfasser, annimmt, daß das PStGB. das Gebiet der Sicherheitspolizei im ganzen abschließend geregelt hat; denn, trifft dies zu, so waren die Behörden seit 1861 im wesentlichen auf das Vorgehen gegen strafbare Handlungen beschränkt; sie unterstanden hiebei bereits infolge Art. 20 PStGB. der Kontrolle des Strafrichters (oben, § 3, I); ihre Maßnahmen trugen nur einen provisorischen, vorsorglichen Charakter und bedurften deshalb einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung nicht (vgl. Beil. Bd. III, S. 165; Art. 13, Z. 2 VGG. und die Anm. hiezu bei Dyroff, 7. Aufl. S. 500).

Vertritt man dagegen den Standpunkt der Generalklausel, so blieb die Polizei auch nach Erlassung des PStGB. zum Einschreiten gegen jede nicht strafbare Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berechtigt und damit im Besitz einer Fülle von Befugnissen, deren Ausübung **jeder gerichtlichen Kontrolle entrückt** war.

Es lassen sich nur **zwei Gründe** denken, warum der Gesetzgeber von 1878 sich hier eines Eingriffs enthalten haben könnte:

Der **eine** wäre der, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die sehr allgemeine Fassung der in Betracht kommenden Normen eine wirkungsvolle gerichtliche Nachprüfung der darauf gestützten polizeilichen Maßnahmen nicht für möglich hielt.

Daß dieser Grund ausschlaggebend gewesen sei, kann nicht angenommen werden: Denn genau so gut, wie die Polizei selbst „in allen Fällen, in denen ihre Tätigkeit in den Rechtskreis des einzelnen eingreifen kann" zu untersuchen hat, „ob ihre Handlungen sich auf dem Boden der Gesetze — das ist von Rechtsnormen, die mit Gesetzeskraft ausgestattet sind — bewegen" (Eichner, S. 40), können dies doch auch die Gerichte tun. Die allgemeine Fassung der einschlägigen Vorschriften kann hiebei kein Hindernis bilden. Das hat der VGH. (Entsch. Bd. 44, S. 76; zit. bei Dyroff, VGG., 7. Aufl., Erg.-Bd., S. 219) mit aller Klarheit ausgesprochen, indem er sagt: „Wenn der Gesetzgeber eine Rechtsgrenze zwischen der Behörde und dem einzelnen zieht, hat der Verwaltungsgerichtshof diese Grenze zu finden, gleichviel, ob der Gesetzgeber einen klaren, die in Betracht kommenden Tatsachen erfassenden Ausdruck gebraucht oder eine ganz allgemeine Fassung seines Gedankens wählt." Den besten praktischen Beweis dafür, daß die Kontrolle einer mit ganz allgemeiner Ermächtigung ausgestatteten Polizei durch

unabhängige Gerichte sehr wohl durchführbar ist, bieten die preußischen Verhältnisse (vgl. § 127 pr. LVG.).

Der **zweite** Grund, welcher den bayrischen Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, ein verwaltungsgerichtliches Verfahren in Polizeisachen nicht vorzusehen, ist der, daß man solches nicht für nötig erachtete. Allein eine Erwägung dieser Art mußte den Schöpfern des VGG. noch viel ferner liegen als die erstgenannte. Denn, nachdem sie einmal die Gefahr des Hereinwirkens gesetzesfremder Rücksichten klar erkannt hatten (s. oben), konnten sie sich unmöglich der Einsicht verschließen, daß diese Gefahr bei der Auslegung einer allgemeinen Vollmacht auf sicherheitspolizeilichem Gebiete in ganz besonderem Maße besteht und deshalb eine Kontrolle durch unabhängige Gerichte hier vor allem notwendig ist. Die Richtigkeit dieser Behauptung beweist ohne weiteres ein Blick auf die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes zu § 10 II 17 ALR., über die Fleiner, S. 247, Anm. 35, bemerkt, sie habe die „Gefahr für die persönliche Freiheit", welche sich aus der weitgehenden Ermächtigung der preußischen Polizei ergebe, „wesentlich gemildert". Vergegenwärtigen wir uns nun im Gegensatz hiezu einmal den Zustand, der in Bayern bei Annahme der Generalklausel bestehen würde, so ergibt sich folgendes Bild:

Der einzelne steht einer Polizei gegenüber, die mit einer ganz allgemeinen Vollmacht ausgerüstet ist und bei Auslegung derselben vollkommen freie Hand hat. Irgendeine Möglichkeit, gegen die Maßnahmen der Behörde die Entscheidung von Gerichten anzurufen, die — wenn sie nicht der angeblichen allgemeinen Vollmacht die Anerkennung überhaupt versagen — eine objektive und gleichmäßige Auslegung derselben gewährleisten würden, ist nicht gegeben.

Der einzige Rechtsbehelf, der dem einzelnen zu Gebote steht, die Aufsichtsbeschwerde, ist aus den oben angeführten Gründen, praktisch wertlos.

Der Bürger hat somit keinen Weg, um seine Rechte gegen unzulässige Eingriffe der Behörde zu verteidigen, er steht einer mit umfassenden Befugnissen ausgerüsteten Polizei macht- und rechtlos gegenüber.

Daß der Gesetzgeber von 1878 an einem derartigen, mit den Grundsätzen des Rechtsstaates[2]) schlechthin unvereinbaren Zustand vorübergegangen sein sollte, ohne hier einen verwaltungsrechtlichen Schutz auch nur in Erwägung zu ziehen, kann nach seiner ganzen, oben gekennzeichneten Einstellung unmöglich angenommen werden. Aus seinem Schweigen ist deshalb zu folgern, daß jene angebliche allgemeine Ermächtigung der bayrischen Polizei im Jahre 1878 nicht bestand und somit auch in der Gegenwart nicht besteht.

§ 6. Die neue Gemeindeordnung vom 17. Oktober 1927.

Dieses Gesetz enthält in Art. 51 eine Bestimmung, welche Eichner (S. 44ff.) und Laforet (Komm. z. GemO., S. 579) als wesentliche Stütze für die, von ihnen vertretene Auffassung über die Befugnisse der bayrischen Polizei angesehen haben.

Art. 51, Abs. 1 lautet: „Den Gemeinden obliegt die Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit und der Vollzug der die Polizei betreffenden

---

[2]) Vgl. dazu die neue RVerf., Art. 107: „Im Reiche und in den Ländern müssen nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen."

Gesetze und Vorschriften im Gemeindebezirk, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen (Ortspolizei)."

I. Um die Bedeutung dieser Vorschrift richtig zu erkennen, muß zunächst auf die **Entstehungsgeschichte des Art. 51** eingegangen werden.

Die Formel: „Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit" stand ursprünglich in Art. 28 des RegEntwurfs, wo die Pflichtaufgaben des eigenen Wirkungskreises geregelt waren (s. Beil. Bd. III z. d. LandtVerh. 1925/26, Beil. 1982). Sie sollte, wie die Begründung besagt (S. 258 a. a. O.), die Gemeinden zu solchen Maßnahmen (in der bezeichneten Richtung) verpflichten, die sich nicht als Anwendung von Zwang gegenüber dem einzelnen darstellen (Beispiele: Wegschaffen von Verkehrshindernissen, Anbringen von Sicherheitsgeländern usw., vgl. a. a. O.). Man glaubte diese Aufgabe neben der in Art. 51 festgelegten Verpflichtung zur Handhabung der „Ortspolizei" besonders hervorheben zu müssen, weil der vom RegEntwurf angenommene Polizeibegriff (vgl. Seydel III, 3; Seydel-Graßmann, S. 218 und Kahr, I, S. 813ff.) nur Zwangsmaßnahmen umfaßte.

Gegen die Aufnahme unserer Bestimmung in Art. 28 erhoben sich im Verfassungsausschuß schon in der ersten Lesung Bedenken (LandtVerh. 1926/27, Beil. Bd. V, S. 368ff.), die in der zweiten Lesung wiederkehrten (Beil. Bd. VII, S. 29ff.).

Man machte geltend, die „Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit" falle in den übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden, der in den Art. 50ff. geregelt sei. Lasse man die Vorschrift in Art. 28 stehen, so sei zu befürchten, daß aus ihr neue, die Gemeinden stark belastende Verpflichtungen herausgelesen würden.

Dieser Einwand griff durch: Die bezeichneten Worte wurden in Art. 28 gestrichen, aber auf Antrag der Staatsregierung in Art. 51 eingesetzt.

Es fragt sich nun, welcher Sinn ihnen in diesem neuen Zusammenhang zukommt. Man könnte versucht sein, anzunehmen, sie hätten hier die gleiche Bedeutung, wie in Art. 28 (so Woerner, Komm. z. GemO., Anm. 2 und 7 zu Art. 51). Das ist aber nicht der Fall.

Die Formel: „Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit" ist nämlich nicht, wie es dem oben gekennzeichneten Standpunkt des Regierungsentwurfs entsprochen hätte, neben das Wort „Ortspolizei", sondern an die Stelle desselben gesetzt und letzteres in Klammern beigefügt worden (vgl. die im Verfassungsausschuß beschlossene vorläufige Fassung, Beil. Bd. VII, S. 51: „Den Gemeinden obliegt die Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit (Ortspolizei) und der Vollzug .....").

Daraus und aus verschiedenen, bei der Beratung gefallenen Äußerungen (vgl. die Bemerkung des Staatsministers Dr. Stützel, Beil. Bd. VII, S. 29: „Es ist eine Umschreibung des Begriffs Ortspolizei", ferner Abg. Ackermann, ebenda, S. 32/33: „Ich habe nichts dagegen, wenn der Begriff Ortspolizei in Art. 51 durch Umgrenzung der Verpflichtungen, die darunter fallen, gekennzeichnet wird.") ergibt sich, daß man ganz allgemein den **Begriff der Ortspolizei** bestimmen wollte (vgl. auch Laforet, Anm. 1b zu Art. 51).

II. Für die vorliegende Arbeit kommt es nun darauf an, ob aus einer derartigen Definition, die die Aufgaben der Polizei festlegt, materielle **Befugnisse** abgeleitet werden können.

In dieser Hinsicht haben Eichner (S. 16ff.) und Laforet (Anm. 3 zu Art. 51) die Behauptung aufgestellt, den Behörden müsse, wenn ihnen eine Aufgabe übertragen werde, notwendig auch das Recht zur Anwendung aller Mittel zukommen, die sie bei Erfüllung dieser Aufgabe bräuchten.

Das ist, wie es Otto Mayer treffend bezeichnet hat, „die Folgerungsweise des Polizeistaats“ (Otto Mayer, deutsches VerwR., I, S. 284, Anm. 20).

In der Zeit absolutistischer Regierungsform mochte es in der Tat genügen, wenn man den staatlichen Organen ihre Aufgaben mehr oder minder genau vorschrieb; denn die nötigen Befugnisse standen ihnen ohne weiteres kraft ihrer allgemeinen Rechtsstellung zu (oben, § 1).

Im Verfassungsstaat, wo diese allgemeine Rechtsstellung beseitigt ist, reicht die Übertragung einer Aufgabe nicht mehr hin. Vielmehr bedarf die Behörde, wenn sie bei Verfolgung ihrer Zwecke in die Rechtssphäre der Untertanen eingreifen will, zu jeder einzelnen ihrer Maßnahmen einer ausdrücklichen, materiell-gesetzlichen Bestimmung als Grundlage.[1])

Dies ist der Sinn des „Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wie er in den Grundrechten unserer Verfassungen zum Ausdruck kommt (vgl. Nipperdey, am unten ang. O.).

Dies ist auch der Sinn des Art. 21 bayr. PStGB., der es sich, wie oben, § 3, I gezeigt, nicht daran genügen läßt, daß die Behörde im Rahmen ihres Aufgabenkreises, ihrer „Kompetenz“ handelt, sondern sie ausdrücklich auf den „Vollzug von Gesetzen“ verweist.

Dies war sichtlich auch der Standpunkt des Gesetzgebers, der den Art. 51, I GemO. geschaffen hat:

Weder die Beratungen im Ausschuß, noch diejenigen in der Vollversammlung enthalten auch nur die leiseste Andeutung dafür, daß man der Auffassung gewesen sei, den Polizeibehörden solle die Befugnis zukommen, all das zu tun, was sich unter den Begriff: „Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ bringen läßt. Derartiges hätte der Gesetzgeber weit von sich gewiesen. Auch er nahm jenen Standpunkt ein, den Kitzinger, S. 104 so trefflich gekennzeichnet hat, indem er sagt: „Wenn irgendwo ein Gesetzentwurf vorliegt, welcher der Polizei oder auch nur lokalen Polizeibehörden die Aufgabe zuweist, für die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu sorgen, so ist wohl bei keinem der gesetzgebenden Faktoren der Wille oder auch nur das Bewußtsein vorhanden, damit jenen Rechtssatz und jene Rechtspflicht („Niemand darf die gute Ordnung des Gemeinwesens stören oder gefährden“, d. Verf.) mit all den Folgerungen, die daraus abgeleitet werden können, in das Leben zu rufen. Sobald nur die Möglichkeit einer solchen Konsequenz ins Bewußtsein tritt, würde wohl ein solcher Entwurf abgelehnt oder abgeändert werden. Es scheinen hier also Rechtssätze geschaffen zu werden, obwohl, oder richtiger, weil der Gesetzgeber, der sie schafft, nichts von ihnen weiß, die auch weiterhin, wenn schon dem einzelnen

---

[1]) Das ist eigentlich in der Gegenwart so selbstverständlich, daß es einer näheren Erörterung an sich gar nicht bedürfte. Ein Beispiel macht dies sofort klar: Das Finanzamt hat, wie allgemein bekannt, die Aufgabe, dem Staate die notwendigen Geldmittel durch Einhebung von Steuern zu beschaffen. Trotzdem wird niemand auf den Gedanken kommen, daß es nun deshalb auch die Befugnis habe, jede Steuer, die ihm nötig und zweckmäßig erscheint, einzuziehen. Wollte das Finanzamt solches versuchen, so würde es von den Steuerzahlern schnellstens darüber belehrt, daß in der Übertragung einer Aufgabe noch lange nicht die Ermächtigung zur Anwendung aller einschlägigen Mittel liegt. — Warum dieser selbstverständliche Satz gerade auf dem Gebiete des bayrischen Polizeirechts nicht gelten soll, ist durchaus nicht einzusehen. Darin, daß es an den nötigen speziellen Gesetzesvorschriften mangle, kann der Grund unmöglich gefunden werden; besitzt doch Bayern in seinem Polizeistrafgesetzbuch eine ins Einzelne gehende Regelung der Befugnisse der Polizei, insbes. auch des Verfügungsrechtes, wie sie z. B. in Preußen fehlt. Vgl. Thoma, S. 112: „Bayern und Baden erhielten in ihren Polizeistrafgesetzbüchern zugleich eine Regelung des polizeilichen Verfügungsrechts, in Preußen steht diese noch aus.“

gelegentlich empfindlich fühlbar, ein Dasein im Dunklen führen, ungekannt von den Massen einschließlich der gebildeten Schichten und mit Ausnahme weniger Gelehrter. Das legt aber doch die Frage nahe, ob der Gelehrtenscharfsinn, der sie hinter jenen Gesetzen zu entdecken vermeint, nicht zu scharf sieht ...." —

Eine Ermächtigung darf somit aus Art. 51 GemO., wennschon darin die „Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit als Aufgabe der Polizei festgelegt ist, keinesfalls herausgelesen werden. Dies ist denn auch sichtlich der Standpunkt der Kommentare zur GemO. von Woerner (Anm. 7 zu Art. 51) und Stenger-Stöhsel (Anm. 1 zu Art. 51), die übereinstimmend ausführen, die Befugnisse, welche den Gemeinden bei Handhabung der Ortspolizei zuständen, ergäben sich „aus den allgemeinen Vorschriften des Art. 102 AG. StPO., Art. 19—21 PStGB. und einer Menge von Einzelvorschriften". Und in der zitierten Schrift von Hofmann über „die Polizei im bayrischen Gemeinderecht" heißt es auf S. 22ff.: „Im Rahmen dieses Bildes, aus dieser Gesamtrechtslage heraus ist die Bedeutung zu würdigen, die der Übertragung der alten Polizeiaufgabe in Art. 51 in diesem Zusammenhang zukommt. Im Gegensatz zur alten Gemeindeordnung ist die Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit mehr in den Vordergrund getreten. Seinen Charakter hat dieser Begriff dadurch nicht geändert; insbesondere kann in ihm nicht eine verspätete formellgesetzliche Generalklausel des bayrischen Polizeirechts gesehen werden; trotz seines Anklingens an § 10 II 17 ALR. und § 1 der thüringischen LVO. von 1926 kann er in Bayern nicht die Stelle dieser Bestimmungen vertreten. Denn weder Regierung noch Landtag haben der Übertragung der alten Polizeiaufgaben diese Bedeutung beilegen wollen. Der RegEntw. hat ja die Sorge für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit zunächst gar nicht als polizeiliche Tätigkeit aufgefaßt, sondern sie geradezu in Gegensatz zur Polizei gesetzt, in den Landtagsverhandlungen ist kein Wort darüber laut geworden, daß man die gewohnheitsrechtliche Ermächtigung — Hofmann nimmt eine solche an; über diese Frage unten, im Schluß, d. V. — gesetzlich festlegen wolle. Man darf aber einer Gesetzesstelle keine Bedeutung unterschieben, die der Gesetzesentstehung völlig fremd geblieben ist".[2])

Im übrigen hat sich die Literatur wiederholt mit Entschiedenheit dahin ausgesprochen, daß ein Schluß vom Zweck auf die Mittel, von der Aufgabe auf die Befugnisse nicht zulässig sei: Vgl. neben Kitzinger, S. 63/64 Schiedermair, PStGB., Art. 21, Anm. 5; Thoma, S. 284; Wintrich, bayr. VBl. 1928, S. 182ff. und besonders prägnant Nipperdey, „Die Grundrechte und Grundpflichten der deutschen Reichsverfassung", Bd. I, S. 327, wo es heißt: „Die Behörde kann Eingriffe in die Grundrechte nicht unter bloßer Berufung auf ihre Aufgabe, sondern nur unter Hinweis auf eine spezielle Erlaubnisnorm rechtfertigen".

---

[2]) Demgegenüber sucht Eichner (bayr. Polizei, 1931, Heft 4, S. 58) seine Auslegung des Art. 51, I GemO. durch den Hinweis zu halten, daß „Regierung und Landtag bei dieser Gelegenheit (Beratung des Art. 51, I) keinen Anlaß hatten, sich über die allgemeine polizeiliche Ermächtigung zu unterhalten, weil wenige Monate vorher aus Anlaß der Anträge Timm programmatische Erklärungen des Staatsministers des Innern über Aufgaben und Befugnisse der Polizei abgegeben worden waren, die der Landtag mit dem Antrag Graf Pestalozza grundsätzlich im Sinne der Regierung gebilligt hatte". — Diese Deduktion ist keinesfalls haltbar. Es geht unmöglich an, die Bedeutung einer Gesetzesstelle nach dem zu bestimmen, was Monate vorher in ganz anderem Zusammenhang im Landtag verhandelt worden ist. Als Inhalt eines Gesetzes kann immer nur das allein gelten, was die maßgebenden Faktoren unmittelbar bei Schaffung des Gesetzes nachweislich gewollt haben. Daß man aber bei Art. 51, I die Absicht verfolgt habe, eine formellgesetzliche Generalklausel aufzustellen, dafür fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

Die Einwände, welche gegen die hier entwickelte Auffassung erhoben werden, vermögen der Richtigkeit derselben keinen Eintrag zu tun.

Wenn man sich zunächst auf die Bestimmung des § 89 pr. ALR. beruft, die besagt: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann“, so ist damit nichts bewiesen; denn man kann eine Vorschrift, die mitten im Polizeistaat ergangen ist und dessen Grundsätze und Anschauungen wiedergibt, unmöglich im Rechtsstaat als Auslegungsmittel und Stütze für die Befugnisse der Behörden heranziehen.

Gleichfalls belanglos ist weiterhin der von Eichner, S. 23 gebrachte Hinweis darauf, daß auch in Art. 102 AG. StPO. nur von einer „Verpflichtung“, einer Aufgabe der Polizeiorgane, nicht aber von einer „Ermächtigung“ oder „Befugnis“ die Rede sei. Dies ist an sich zweifellos richtig; die genannte Vorschrift stammt ja, wie bereits oben, § 3, Anm. 2 ausgeführt, inhaltlich aus einer Zeit, welcher der Begriff der „Ermächtigung“ überhaupt fremd war. Allein Art. 102 hat — auch dies ist a. a. O. dargelegt — im konstitutionellen Staat unter dem Einfluß von Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Theorie ähnlich wie § 10 II 17 die Eigenschaft eines ermächtigenden Rechtssatzes erlangt. Hiebei aber handelt es sich um eine singuläre Erscheinung, aus der keineswegs der ganz allgemeine Schluß gezogen werden darf, daß stets in der Übertragung einer Aufgabe zugleich auch die Ermächtigung zur Anwendung aller einschlägigen Mittel liege.

Vollkommen verfehlt ist es endlich, wenn Eichner, S. 23 und Laforet, Komm. z. GemO., S. 579ff. als Beleg für ihre Auffassung die von Seydel, 2. Aufl., Bd. III, S. 5 und Seydel-Graßmann, S. 220/21 vertretene Lehre eines allgemeinen Zwangsrechts der Verwaltung anführen; denn diese Lehre besagt durchaus nicht, daß die Verwaltungsbehörden überall da, wo es die Erfüllung ihrer Aufgaben nötig macht, berechtigt sind, Zwang anzuwenden, sondern nur, daß die Obrigkeit „hinsichtlich ihrer **gesetzmäßigen** Befehle“ Anspruch auf den Gehorsam der Gewaltunterworfenen habe und diesen erzwingen dürfe.[3]) Damit ist keineswegs ausgesprochen, daß Befehle, welche die Polizei ohne ausdrückliche Ermächtigung unter bloßer Berufung auf ihre Aufgabe erläßt, „gesetzmäßige“ sind.

Die Vertreter der Generalklausel haben das Bedenkliche ihrer Auffassung selbst gefühlt:

Laforet erkennt — merkwürdig widerspruchsvoll — auf S. 579 a. a. O. die Richtigkeit der Schiedermairschen Behauptung an, „daß, wenn das Gesetz Zweck und Aufgabe der Polizei bestimmt, damit noch nicht bestimmt ist, welche Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe zur Verfügung stehen“.

Gleiches gibt Eichner, S. 25 für den Fall zu, „daß unter den jetzigen Verhältnissen einer Behörde bestimmte neue Aufgaben zugewiesen werden. Wenn Eichner sodann, um die Unanwendbarkeit des Schiedermairschen Satzes für das Gebiet des bayrischen Polizeirechts darzutun, vorbringt, die allgemeine Ermächtigung der bayrischen Polizei zu Zwangsmaßnahmen sei „von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen“ (S. 25) und ergebe sich „aus dem Wesen des staatlichen Imperiums“ (S. 23), so wird damit, wie Wintrich, bayr. VBl.

---

[3]) Ausdrücklich heißt es bei Seydel-Graßmann, S. 221: „Von selbst versteht sich dabei, daß dieses Recht zur Anwendung körperlichen Zwangs nur jenen Behörden zukommt, welche ein Befehlsrecht haben und soweit sie ein Befehlsrecht haben“. — Es ist also keineswegs so, wie Eichner, S. 22, am Ende von § 2 meint, daß sich aus dem Zwangsrecht der Polizei ein Befehlsrecht ableiten lasse, sondern gerade umgekehrt. Das Zwangsrecht der Polizei reicht nur so weit, als ein Befehlsrecht besteht. — Ganz wie Seydel übrigens Thoma, S. 257: „Durch sofortigen Zwang darf nichts geschehen, was die Behörde nicht durch bloße Verfügung anordnen dürfte.“

1928, S. 182 treffend bemerkt, „der ursprünglich eingenommene Boden positivrechtlicher Beweisführung[4]) verlassen".

Schluß.

Die vorliegende Bearbeitung des bayrischen Polizeirechts hat zu zeigen versucht, daß geschriebenes Recht als Grundlage für eine allgemeine Ermächtigung der Behörden nicht in Betracht kommen kann. Es bleibt zu prüfen, ob vielleicht **Gewohnheitsrecht** eine solche Grundlage zu bilden vermöchte.

Auch dies glaubt Verf. verneinen zu müssen: Ganz abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, die man gegen Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwaltungsrechts überhaupt erheben kann (vgl. den ausführlichen Aufsatz von Meinzolt, bayr. VBl. 1928, S. 225ff.), scheinen mir speziell für Bayern die notwendigen Voraussetzungen eines Gewohnheitsrechtes in der bezeichneten Richtung nicht vorzuliegen; denn nach all dem, was oben, § 3, III über die Haltung von Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Theorie gesagt worden ist, kann m. E. von einer „langdauernden Übung" oder gar von einer „Rechtsüberzeugung" nicht im entferntesten die Rede sein.[1])

Tatsächlich ist denn auch, wie Meinzolt a. a. O., S. 235 unter Angabe von Literatur feststellt, „für Bayern Gewohnheitsrecht als Grundlage der Polizeiverfügungsgewalt mit guten Gründen bestritten" worden. Insbesondere ist charakteristisch, daß die Vertreter der Generalklausel selbst — Laforet (Komm. z. GemO., S. 581) ausgenommen — ausdrücklich darauf verzichten, Gewohnheitsrecht zur Begründung ihrer Ansicht heranzuziehen (vgl. Eichner, S. 15 und v. Jan, bayr. VBl. 1927, S. 210).

Neuerdings hat sich **Eichner** in dem bereits zit. Artikel (Zeitschrift „Die bayrische Polizei", Jahrg. 1931, Heft 4, S. 55ff.) ausführlich zu dieser Frage geäußert (S. 58ff. a. a. O.). Er hebt hervor, „daß bei einer genauen Nachprüfung des angeblichen Gewohnheitsrechts sich verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, die unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten", und fährt dann fort: „Auch ich habe, lange bevor die Frage im Schrifttum erörtert worden ist und noch im Entwurf meiner Arbeit über die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei die Meinung vertreten, daß die allgemeine Ermächtigung der Polizei auf Gewohnheitsrecht beruhe. Erst gründliche Nachprüfung im Jahre 1926 hat mich von dieser Anschauung abgebracht. Diese Nachprüfung war veranlaßt einmal durch die Erkenntnis, daß Gewohnheitsrecht in allen Fällen eine auf schwachen Füßen stehende Rechtsquelle ist. Seydel-Graßmann (Verfassungsrecht, S. 839) nennt sie die unvollkommenste Art der Rechtsbildung für das Staatsrecht. Kitzinger (Verhinderung strafbarer Handlungen, S. 46, Anm. 1) warnt davor, allzu leichthin ein Gewohnheitsrecht anzunehmen, namentlich ein solches, das polizeiliche Machtbefugnisse begründen solle. Dazu kommt für die Zeit, in der sich das Gewohnheitsrecht hätte bilden müssen, die Bestimmung des Titels VII § 2 der alten bayrischen Verfassungsurkunde von 1818, wonach „ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Person oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben" werden kann. Mit dieser Bestimmung ist die Bildung eines Gewohn-

---

[4]) Eichner hebt, wie bereits mehrfach erwähnt, des öfteren hervor, daß er sich lediglich auf geschriebenes Recht stütze (vgl. insbes. die unten zitierte Stelle in d. bayr. Polizei 1931, 55ff.).

[1]) Ganz im Gegenteil könnte man m. E. sehr wohl annehmen, daß die Generalklausel, falls sie wirklich durch die Gesetzgebung von 1861 unberührt geblieben sein sollte, gewohnheitsrechtlich beseitigt worden sei.

heitsrechts, das der Polizei die Befugnisse zu Eingriffen in die Freiheit der Person gewährt (und das tut die allgemeine Ermächtigung der Polizei), in der Zeit nach 1818 ausgeschlossen ...... Dazu kommt, daß die Volksüberzeugung, die doch wenigstens nach dem Begriff des Gewohnheitsrechts, der mir vertraut geworden ist, bei der Entstehung des Gewohnheitsrechts die rechtsschöpfende Kraft sein soll (vgl. z. B. Anschütz, der in RV., Art. 114, Anm. 4 von der „rechtsbildenden Macht der Gewohnheit" spricht), bei der Bildung des Gewohnheitsrechts wenigstens mittätig gewesen sein müßte, während Hofmann selbst[2]) nur von einem „rechtsschöpfenden Gesamtwillen, wenn auch in passiver Rolle" sprechen kann, was mir nicht sehr überzeugend klingt."

Aus Gewohnheitsrecht läßt sich somit eine allgemeine Ermächtigung der Polizei keineswegs einwandfrei herleiten und da, wie oben nachgewiesen, gleiches auch für die Frage geschriebenen Rechtes gilt, so fehlt es an einer ausreichenden Rechtsgrundlage überhaupt.

Unter diesen Umständen aber kann den Behörden eine allgemeine Ermächtigung keinesfalls zugebilligt werden. Daß in der Gegenwart gelegentlich ein Bedürfnis nach einer Generalklausel auftaucht (vgl. Eichner, S. 22), vermag hieran nicht das Geringste zu ändern; denn das bloße Bedürfnis ist keine Rechtsquelle. Es ist denkbar, daß der Gesetzgeber bei der künftigen Neuordnung des Polizeirechts diesem Bedürfnis — allerdings nur unter gleichzeitiger Einführung eines entsprechenden Rechtsschutzes — Rechnung tragen wird.

Soviel aber steht fest: Solange er dies nicht getan hat, dürfen die Behörden Befugnisse, denen eine feste Stütze im geltenden Recht mangelt, in ihrem eigensten Interesse nicht in Anspruch nehmen; denn die Staatsgewalt bedarf — heute mehr denn je — des Vertrauens der Untertanen. Dieses Vertrauen aber wird sie nur dann genießen, wenn all ihre Tätigkeit auf einwandfreier Rechtsgrundlage ruht.

Benützte Literatur.

Anschütz-Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen 1930. — Barth: Polizeistrafgesetzbuch für Bayern, Landshut 1862; Erläuterungen zu Art. 28—30 EinfGes. z. StGB. und PStGB. v. 1861, Blätter f. admin. Praxis 1862, S. 274ff. — Brater: Aufsatz über Wegerecht, Bl. f. adm. Pr. Bd. 20, S. 356. — Dittmann: Artikel über Präventivpolizei, bayr. VerwBl. 1928, S. 183ff. — Dyroff: Rechtssatzung und Gesetz, Annalen des Deutschen Reichs 1889, S. 817ff. — Dyroff: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7. Aufl., Ansbach 1928. — Edel: Kommentar z. Polizeistrafgesetzbuch von 1861, Erlangen 1862, zitiert: „Edel I". — Edel: Kommentar z. PolStGB. von 1871, Erlangen 1872, zitiert: „Edel II". — Eichner: Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeihaft nach der bayrischen Rechtsentwicklung, München 1927, zitiert: „Eichner". — Eichner: Die Bedeutung des Art. 102 AG. StPO. für das bayrische Polizeirecht, bayr. Gem. u. VerwZ. 1928, S. 1ff., 29ff. — Eichner: Besprechung der unten zit. Schrift von Hofmann, bayr. Polizei 1931, 4. Heft. — Eichner: Art. „Präventivpolizei", bayr. VerwBl. 1927, S. 81ff. — Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928. — Gebhard: Aufsatz: Verwaltung und Vollziehung, bayer. VerwBl. 1927, S. 145ff. — Gerstle: Die Polizeiverfügung im bayrischen Recht, Annalen des Deutschen Reichs 1917, S. 540ff. u. 721ff. — Hofmann: Die Polizei im bayrischen Gemeinderecht, Pirmasens 1930. — v. Jan: Art. „Präventivpolizei", bayr. VerwBl. 1927, S. 208ff. — v. Jan: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern, München 1927. — Kahr: Die Gemeindeordnung für die Landesteile rechts des Rheins von 1869. — Kitziger: Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, München 1913. — Laforet: Bayr. Gemeindeordnung von 1927, München 1928. — Laforet: Besprechung des Eichnerschen Buches über Präventivpolizei, bayr. VerwBl. 1927, S. 447ff. — Lindner-Hauck: Erläuterungen zur bayr. Gemeindeordnung f. d. Landesteile rechts des Rheins, 3. Aufl., München 1901. — Otto Mayer: Deutsches

[2]) Hofmann nimmt für Bayern eine Generalklausel auf Grund Gewohnheitsrechts an.

Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895/96; 2. Aufl. 1914; 3. Aufl. 1924. — Meyer-Dochow: Deutsches Verwaltungsrecht 1910. — Nawiasky: Bayrisches Verfassungsrecht, München 1923. — Nawiasky: Die allgemeine Rechtsstellung der Polizei, bayr. VerwBl. 1926, 385. — Nipperdey: Die Grundrechte und Grundpflichten der deutschen Reichsverfassung, Bd. I, 1929. — Piloty-Schneider: Grundriß des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1927. — Reger-Dames: Handausgabe der in Bayern geltenden Polizeistrafgesetzgebung, Ansbach 1905. — Riedel-Sutner: Polizeistrafgesetzbuch, München 1907. — Risch: Das Gesetz die Einführung des StGB. und PStGB. für das Königreich Bayern betreffend, Erlangen 1862. — Rothenbücher: Über einen Fall der Präventivpolizei und die Theaterzensur, Festgabe für Fritz Fleiner, 1927. — Sarwey: Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1887. — Schiedermair: Polizeistrafgesetzbuch, 2. Aufl. München 1931. — Seydel: Bayrisches Staatsrecht, 1. und 2. Aufl. — Seydel-Piloty: Bayerisches Verfassungsrecht, München 1913. — Seydel-Graßmann: Bayerisches Verwaltungsrecht, München 1913. — Staudinger-Schmitt: Polizeistrafgesetzbuch, München 1927. — Thoma: Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1907, zit.: „Thoma". — Thoma: Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 1910. — Vogel: Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, Freiburg 1884/87. — Weber-Sutner: Kommentar zur Gemeindeordnung für die Landesteile rechts des Rheins von 1869. — Weinisch: Polizeistrafgesetzbuch, München 1924. — Weis: Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Nördlingen 1863. — Wintrich: Art. Präventivpolizei, bayr. VerwBl. 1928, S. 180ff. — Wolzendorff: Über den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaate, Marburg 1905. — Ziegler: Das Recht des Verwaltungszwangs in Bayern, Annalen des Deutschen Reichs 1915, 724ff.

Landtagsverhandlungen 1830/31, 1859/61, 1867/69, 1877/78, 1926/27. — Entscheidungen des Reichsgerichts, des Obersten Landesgerichts, des bayrischen Verwaltungsgerichtshofs und des preußischen Oberverwaltungsgerichts. — Zeitschriften: Blätter für administrative Praxis, jetzt bayrische Verwaltungsblätter, bayrische Gemeinde- und Verwaltungszeitung, die bayrische Polizei.

Lebenslauf.

Am 26. August 1907 als Sohn des Zahlmeisters Christoph Masson in München geboren, trat ich nach vierjähriger Volksschulzeit im Jahre 1917 in das Maximiliansgymnasium in München ein, wo ich 1926 die Reifeprüfung bestand. Meine Universitätszeit, die dem Studium der Rechtswissenschaft gewidmet war, verbrachte ich in München; die Ferien benützte ich zu Reisen ins Ausland, um meine Sprachkenntnisse zu vervollkommnen. Nach Ablegung des Referendarexamens im Januar 1930 trat ich im März gleichen Jahres in den Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht München ein. Gleichzeitig begann ich mit der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation, die am 5. März 1931, nachdem ich mich der mündlichen Doktorprüfung unterzogen hatte, von der juristischen Fakultät der Universität München zum Druck genehmigt wurde.